

FACULDADE DE DIREITO DE VITÓRIA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITOS E GARANTIAS
FUNDAMENTAIS
CURSO DE MESTRADO EM DIREITO

GABRIEL MORAIS LANNA

**GARANTISMO PENAL NO BRASIL E A RESISTÊNCIA AUTORITÁRIA:
REFLEXÕES CRÍTICAS**

VITÓRIA
2022

GABRIEL MORAIS LANNA

**GARANTISMO PENAL NO BRASIL E A RESISTÊNCIA AUTORITÁRIA:
REFLEXÕES CRÍTICAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Cassius Guimarães Chai

VITÓRIA
2022

GABRIEL MORAIS LANNA

**GARANTISMO PENAL NO BRASIL E A RESISTÊNCIA AUTORITÁRIA:
REFLEXÕES CRÍTICAS**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais da Faculdade de Direito de Vitória, como requisito para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Aprovada em 29 de novembro de 2022.

COMISSÃO EXAMINADORA

Prof. Dr. Cassius Guimarães Chai
Faculdade de Direito de Vitória
Orientador

Prof. Dr. Alexandre de Castro Coura
Faculdade de Direito de Vitória

Prof. Dr. Thiago Allison Cardoso de Jesus
Universidade do Estado do Maranhão

AGRADECIMENTOS

Em primeiro lugar, agradeço a Papai do Céu, por ter iluminado o caminho até aqui.

Adriana, Carlos e Gabriel, meus revisores. Amigos que fiz no desenvolvimento desta pesquisa, obrigado pela paciência com os meus áudios longos, pelos apontamentos e sugestões.

Meus companheiros de mestrado. Colegas de disciplinas, grupos de pesquisa, seminários e artigos. Foi um privilégio e uma honra dividir com vocês os momentos de aprendizado, sou grato por tudo que me ensinaram ao longo desse período.

Professores da Faculdade de Direito de Vitória. Obrigado pelas lições, pelos proveitosos debates e pela pluralidade de ideias.

Aos amigos queridos, que toleraram minhas ausências, deram força nos momentos difíceis e foram um porto seguro. A vida mudou muito desde o começo do mestrado, e sem companheiros nas horas difíceis, não chegaria a lugar algum.

Meu orientador e amigo, Professor Dr. Cassius Guimarães Chai. Nossa primeira conversa, depois de definido que seria o meu professor orientador, foi um dia após minha mudança. Talvez não saiba disso, mas aquela conversa ficou gravada na minha memória. Entre as caixas na sala havia alguma familiaridade na conversa despretensiosa. Gratidão pelo acolhimento, pela paciência, pela orientação e por me acompanhar até aqui.

Agradeço à minha família. Meu irmão Pedro Morais Lanna, pela irrisignação com as dificuldades. Minha mãe, Délia Jaime Morais, pela sua simplicidade para explicar que essas dificuldades também não eram bem assim. Meu pai, Marcos Bicalho Lanna e minha madrasta, Cláudia Márcia de Souza, pelas horas de conversa e desabafo. Todos me deram força para seguir quando dificuldades pessoais pareciam intransponíveis, e eu senti que talvez não chegasse até aqui. Estão sempre no “último vagão”.

RESUMO

O objetivo geral desta pesquisa é discutir o garantismo, problematizando se o sistema de justiça brasileiro é garantista nos moldes pensados por Ferrajoli ou se fundamenta pelo garantismo penal apenas como retórica, a exemplo de teorias como o garantismo penal integral. Os objetivos específicos são: explicitar o garantismo em uma sociedade democrática; explicar o garantismo penal segundo Luigi Ferrajoli; compreender a seletividade penal em Lóic Wacquant; e, discutir práticas antigarantistas do sistema de justiça brasileiro. Nesse recorte, estes autores e suas concepções e finalidades do Direito Penal e Democracia são constitutivos do marco teórico. O garantismo penal é um sistema de máxima liberdade e racionalidade das punições, ainda não bem compreendido no Brasil. Essa incompreensão leva à falsa impressão de que o garantismo penal é um fator de incremento à impunidade e ao sentimento de insegurança experimentado em solo brasileiro. Buscando justificar flexibilizações de direitos e garantias fundamentais, propõe-se releituras da teoria, como o garantismo penal integral. Ocorre que o sentimento de impunidade é um sintoma da seletividade do sistema de justiça. Analisando pela perspectiva da criminologia crítica na Escola de Chicago, a forma de seleção das condutas criminosas, e conseqüentemente, do criminoso, decorre de um processo excludente e elitizado. A pesquisa adota metodologia dedutiva, com aproximação dialético-sociológica, e aplicação de técnica de revisão bibliográfica e análise de dados por vertente de análise de conteúdo. O corpo da pesquisa se constrói com recurso de levantamento bibliográfico pelas ferramentas *connectedpapers*, indexadores *H Google Scholar*, revisão do acervo FDV de dissertações e teses, bem como referência das obras dos teóricos selecionados mais citadas no Brasil. Na base conceitual hipotética, crime é uma construção social, e a criminalidade reflete essas relações da sociedade e o processo de integração/exclusão, demonstrando que o sistema é voltado majoritariamente ao controle da população negra e economicamente marginalizada, conforme a pesquisa de Lóic Wacquant; isto aponta a função de controle social das prisões em uma sociedade capitalista que criminaliza a pobreza e os meios de vida e sobrevivência dos marginalizados, justificando com os índices de criminalidade a rigorosa atuação nos guetos e sobre os excluídos. O sistema de justiça brasileiro apresenta dados de encarceramento que demonstram a seletividade do sistema. O recorte da seleção e coleta de dados foram orientados pelas decisões judiciais que recorrem às teorias

coincidentes com os referenciais teóricos adotados nesta pesquisa, notadamente do STF, com ênfase em ações de controle de constitucionalidade que ganharam relevância na discussão sobre a impunidade e seletividade, alterando paradigmas estabelecidos na Suprema Corte, bem como decisões que abordaram textualmente aspectos do garantismo penal integral. O fenômeno observado por Wacquant é presente no Brasil, e vai desde o planejamento de políticas públicas para a segurança pública, isto é, de diretrizes do sistema de justiça e prioridades de atuação da segurança pública, passando pela letalidade dos sistemas de repressão e a postura por parte do judiciário de relativizar garantias para combater um sentimento de impunidade e medo na sociedade. Para justificar maior rigor na punição e maior celeridade na aplicação das penas, a releitura do garantismo (integral), fundada em critérios de ponderação entre as garantias de liberdade e os direitos fundamentais à segurança pública e à efetividade do sistema de justiça vêm ganhando tração. Conclui-se, assim, que o sistema de justiça do Brasil não tende ao sistema garantista proposto por Ferrajoli. O sistema é impulsionado por um populismo punitivo que é severo com os marginalizados e leniente com as elites, e se justifica no sentimento de impunidade da sociedade. Como resultados esperados, esta pesquisa serve para provocar uma desconstrução da retórica garantista judiciária, bem como sua reprodução em outros setores do Sistema de Justiça.

Palavras-chave: Sistema Garantista. Garantismo Penal. Criminalidade. Segurança Pública.

ABSTRACT

The general objective of this research is to discuss whether the Brazilian justice system is a “garantista” along the lines thought by Ferrajoli, or if it is based on criminal “garantismo” only as rhetoric, following the example of theories such as integral criminal “garantismo”. The specific objectives are: to make explicit the “garantismo” in a democratic society; explain penal “garantismo” according to Luigi Ferrajoli; understand penal selectivity in L  ic Wacquant; and, discuss practices “antigarantistas” of the Brazilian justice system. In this clipping, these authors and their conception and purposes of Criminal Law and Democracy are constitutive of the theoretical framework. Penal “garantismo” is a system of maximum freedom and rationality of punishments, but it is poorly understood in Brazil. This misunderstanding leads to the false impression that criminal “garantismo” is a factor that increases impunity and the feeling of insecurity experienced on Brazilian soil. Seeking to justify flexibilization of fundamental rights and guarantees, re-readings of the theory are proposed, such as the integral criminal guarantee. It so happens that the feeling of impunity is a symptom of the selectivity of the justice system. Analyzing it from the perspective of critical criminology in the Chicago School, the way of selecting criminal conduct, and consequently, the criminal, stems from an excluding and elitist process. The research adopts a deductive methodology, with a dialectical-sociological approach, and application of a bibliographic review technique and data analysis by content analysis. The body of the research is built with a bibliographic resource using the connectedpapers tools, H google scholar indexers, review of the FDV collection, dissertations and theses, as well as referencing the works of selected theorists most cited in Brazil. On the hypothetical conceptual basis, crime is a social construction, and criminality reflects these relations of society and the process of integration/exclusion, demonstrating that the system is mainly aimed at controlling the black and economically marginalized population, according to the research of L  ic Wacquant, pointing out the function of social control of prisons in a capitalist society, which criminalizes poverty and the livelihoods and survival of the marginalized, justifying with the crime rates the rigorous action in the ghettos and on the excluded. The Brazilian justice system presents incarceration data that demonstrate the selectivity of the system. The selection and collection of data were guided by judicial decisions that resort to theories that coincide with the theoretical references adopted in this research,

notably STJ and STF. The selection and collection of data were guided by judicial decisions that resort to theories that coincide with the theoretical frameworks adopted in this research, notably STF, with emphasis on actions of constitutionality control that stand out on the discussion about impunity, and decisions that textually addressed aspects of “garantismo penal integral”. The phenomenon observed by Wacquant is present in Brazil, and ranges from the planning of public policies for public security - therefore, from guidelines of the justice system and priorities for public security, through the lethality of repression systems and the posture by part of the judiciary to relativize guarantees to combat a feeling of impunity and fear in society. In order to justify greater rigor in punishment and greater speed in the application of penalties, the reinterpretation of the (integral) guarantee, based on criteria of weighting between the guarantees of freedom and the fundamental rights to public security and the effectiveness of the justice system have been gaining traction. It is concluded, therefore, that the justice system in Brazil does not tend to the guarantor system proposed by Ferrajoli. The system is driven by a punitive populism that is harsh on the marginalized and lenient on the elites, and justified in society's sense of impunity. As expected results, this research serves to provoke a deconstruction of the judicial guarantee rhetoric, as well as its reproduction in other sectors of the Justice System.

Keywords: Garantismo. System. Criminal Law. Public security.

LISTA DE ABREVIações E SIGLAS

ADC	Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADI	Ação Direta de Inconstitucionalidade
ADPF	Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
AGU	Advocacia-Geral da União
CNJ	Conselho Nacional de Justiça
CNCP	Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária
FBSP	Fórum Brasileiro de Segurança Pública
GPI	Global Peace Index
HC	Habeas Corpus
IBCCRIM	Instituto Brasileiro de Ciência Criminais
IBGE	Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
PIB	Produto Interno Bruto
SISDEPEN	Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional
SIM	Sistema de Informações sobre Mortalidade
STJ	Superior Tribunal de Justiça
STF	Supremo Tribunal Federal
TJ/MG	Tribunal de Justiça de Minas Gerais
TJ/PR	Tribunal de Justiça do Paraná

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 GARANTISMO JURÍDICO PENAL	15
1.1 MATRIZ ILUMINISTA DA DOCTRINA GARANTISTA: TENSÕES ENTRE O POSITIVISMO JURÍDICO E O CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA.....	16
1.2 O PARADIGMA CONSTITUCIONAL GARANTISTA.....	23
1.3 O DIREITO PENAL ENTRE A RAZÃO MATERIAL E O PROCESSO	29
1.4 GARANTISMO PENAL NO BRASIL	34
2 A SELETIVIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: O QUE SE PUNE E QUEM SE PUNE	45
2.1 DESENHOS INSTITUCIONAIS DA SELETIVIDADE PENAL A PARTIR DO DESVIO, DA SELETIVIDADE E DA REAÇÃO SOCIAL: UM PERCURSO HISTÓRICO CONCEITUAL	46
2.2 O CONTROLE E A DESORGANIZAÇÃO SOCIAL	51
2.3 SELEÇÃO DE BENS JURÍDICOS	57
2.4 SELETIVIDADE E PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS NA TRADIÇÃO JURÍDICO PENAL BRASILEIRA	62
2.5 O ESTADO PENAL E O PENSAMENTO DE WACQUANT	65
3 PRÁTICAS ANTIGARANTISTAS NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO	79
3.1 O PLANO NACIONAL DE POLÍTICAS CRIMINAIS E PENITENCIÁRIAS NO BRASIL 2020-2023	80
3.2 PRÁTICAS ANTIGARANTISTAS NO SISTEMA DE REPRESSÃO POLICIAL... ..	88
3.3 TENDÊNCIAS (ANTI)GARANTISTAS NA PRÁTICA DECISÓRIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	93
CONCLUSÃO	102
REFERÊNCIAS	107

INTRODUÇÃO

Apesar de abraçado pelo ordenamento jurídico brasileiro na Constituição de 1988 (BRASIL, 1988), a doutrina garantista e seus adeptos têm sofrido com um rótulo cada vez mais forte, muitas vezes vistos como anuentes com a impunidade e acusados de descaso com a criminalidade crescente. Tal mentalidade, no entanto, carrega erros semânticos e doutrinários. O Garantismo possui como seu maior expoente a obra 'Direito e razão: teoria do Garantismo penal', de Luigi Ferrajoli, na qual defende, especialmente no âmbito penal, a proteção do indivíduo contra o arbítrio estatal e propõe a constante manutenção da limitação do poder punitivo do Estado através de sua racionalização.

Embasando a citada vertente, Chai e Gonçalves (2022) enfatizam que o Garantismo proposto por Luigi Ferrajoli, trata-se de um sistema de proteção de direitos fundamentais voltado para todos os indivíduos da sociedade, tanto as vítimas de crimes e seus familiares quanto dos investigados e acusados no surgimento da persecução penal. Atentando-se o prisma do constitucionalismo garantista, exige que a legislação infraconstitucional disponha de uma adequação substancial relativizada aos preceitos positivados na Constituição.

Recentemente, a história mostra a importância de um sistema penal racional, com contornos claros e finalidades objetivas. Os abusos perpetrados por sistemas descompromissados com o valor do indivíduo marcaram o século XX. Nesse contexto histórico e na criação de tribunais constitucionais, passou a se admitir a ideia de que o sistema de garantias constitucionais tem aplicação direta pelo Judiciário e que se sobrepõe a legislação ordinária (RODRÍGUEZ, 2019). Da mesma forma, é importante ressaltar que o liberalismo e o autoritarismo se comportam de maneira pendular na história humana e a tendência de valorização do ser humano e sua dignidade.

De acordo com Sousa e Chai (2016), as expressões de direitos humanos e direitos fundamentais utilizadas com frequência como sinônimos, do ponto de vista da doutrina, é mais coerente usar a expressão direitos fundamentais como direitos

humanos garantidos através dos sistemas normativos nacionais em circunstâncias específicas.

O Brasil detém uma tradição penal autoritária desde sua ocupação pelos portugueses. Apesar de oscilações pendulares quanto às liberdades democráticas, a produção legislativa e a prática judiciária no país guardam ao longo de toda história características seletivas, inquisitivas e autoritárias. Importante frisar nesta abordagem a seletividade.

Para aqueles que se inserem dentro da clientela usual do direito penal em terras brasileiras, em sua maioria, pobres, pretos e marginalizados, os rigores do sistema repressivo autoritário são sentidos diuturnamente. Por outro lado, para aqueles que compõe a elite brasileira, o sistema repressivo é excessivamente leniente. A seletividade do sistema penal no Brasil é bem representada em suas estatísticas prisionais.

Segundo informações do sistema SISDEPEN – Sistema de Informações do Departamento Penitenciário Nacional, de 2021, das quase 692.371 pessoas presas no Brasil, 39,96% estão presas por crimes patrimoniais e 29,41% presas por tráfico de drogas. Especificamente quanto às mulheres, de um universo de 26.345 encarceradas, 55,86% estão presas por tráfico de drogas, seguido por 23,04% presas por crimes patrimoniais. De uma população carcerária de quase 690 mil pessoas, apenas 0,18% estão presas por crimes contra a administração pública e 0,14% por crimes praticados por particulares contra a administração pública. Por fim, 67,34% da população carcerária é composta de pretos e pardos. A clientela do sistema penal brasileiro é muito bem definida, e o sistema ineficiente.

Da análise das estatísticas apresentadas dispõe que as prisões por crimes relacionados à corrupção não refletem a realidade brasileira, em 96º de um universo de 180 países no ranking da Transparência Internacional sobre o índice de percepção da corrupção. Da mesma forma, no ranking GPI – Global Peace Index, o Brasil ocupa a posição 128º, sendo um dos países com maior medo da violência em sua população.

A sensação de medo e a revolta com a impunidade fomentam apoio por setores da sociedade a uma reação punitivista e midiática, vista diuturnamente no Brasil. Essa reação vem procurando justificar e legitimar uma maior intervenção penal, com recrudescimento de penas e mitigação de garantias em nome do combate à insegurança e à sensação de impunidade.

A insatisfação com a impunidade tem acirrado os ânimos e trazido discursos duros e teorias penais que representam franco retrocesso, pelo menos quanto à proteção de direitos individuais, limitação e racionalização do poder de punir do Estado, finalidade primeira do Garantismo penal. Dentre elas, algumas podem ser chamadas de “garantismos espúrios” (SALES, 2021), versões “abrasileiradas” do garantismo, que o amoldam para se encaixar em uma tradição penal e uma prática jurídica autoritária. Como afirmam Copetti-Neto e Pinho (2017), um garantismo que só existe no Brasil.

Para o presente trabalho, o garantismo penal de Luigi Ferrajoli (2014) e a seletividade penal em Löic Wacquant servirão como marco teórico, com o objetivo de compreender o garantismo penal em uma sociedade democrática. Esta pesquisa de mestrado busca responder este problema: o sistema de justiça brasileiro é garantista nos moldes pensados por Ferrajoli ou se fundamenta pelo garantismo penal apenas como retórica, a exemplo de teorias como o garantismo penal integral?

Considerando o objeto da investigação do sistema de justiça brasileiro, o recorte do objetivo geral é discutir e compreender o garantismo em uma sociedade democrática. Os objetivos específicos compreendem: explicar o garantismo penal segundo Luigi Ferrajoli; compreender a seletividade penal em Löic Wacquant; e, discutir práticas antigarantistas do sistema de justiça brasileiro.

A hipótese trabalhada é a de que o sistema de justiça do Brasil não tende ao sistema garantista proposto por Ferrajoli. O sistema é movido por um populismo punitivo que se mostra severo com os marginalizados e leniente com as elites, justificando-se no sentimento de impunidade da sociedade.

O estudo do garantismo penal se mostra crítico para uma compreensão concreta do direito penal e processual penal no país, servindo de contraponto as experiências de

populismo punitivo e midiático, cada vez mais frequentes. Então, analisar o sistema garantista permite um outro olhar sobre do sistema penal do país e da busca por aperfeiçoamentos.

Com a finalidade de fomentar o debate e a compreensão do paradigma garantista no Brasil, aborda-se no primeiro capítulo uma análise de características e fundamentos do garantismo, sobretudo o penal, em concordância com o pensamento de Luigi Ferrajoli. O capítulo dois traz uma análise da seletividade do sistema, da definição de quem é o criminoso na sociedade brasileira e a expressiva punição dos marginalizados, a partir da teoria de Wacquant. O último capítulo se dedica à reflexão sobre o sistema de justiça brasileiro, partindo da política criminal desenhada para o país, a atuação letal do sistema repressivo e o comportamento da jurisprudência quanto às garantias fundamentais.

Para a análise jurisprudencial, foram selecionados julgados do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade, optando por um critério substantivo, buscando decisões que alteraram paradigmas do Tribunal em questões sensíveis ao pensamento garantista. Serão analisadas as decisões da suprema corte quanto a possibilidade de execução de pena após a condenação em segunda instância, pelo discurso de combate à impunidade impregnado no debate. As decisões referentes a possibilidade de condução coercitiva dos investigados também serão analisadas, pela notoriedade que o instituto ganhou durante a operação lava-jato, mas era francamente ignorado antes de atingir publicamente as elites. Por fim, opta-se pela análise da ADI 6.299 (BRASIL, 2021b) que suspendeu a eficácia do juiz de garantias e da súmula vinculante n. 11 (BRASIL, 2008), que apesar de sua temporalidade pretérita, tem relevância pelas fortes críticas decorrentes da notória seletividade – a conhecida “Súmula Cacciola-Dantas”. Fora do controle concentrado, conduziu-se oportunamente uma pesquisa abrangente pelo termo “garantismo penal integral” no sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal, e apesar de contar com 4 ocorrências, nenhuma na ementa, dois julgados abordam questões caras a essa vertente e mostram um alinhamento diverso do proposto por Luigi Ferrajoli.

Em síntese, o trabalho relacionará a criminalidade, seletividade penal e a incongruência das práticas do sistema de justiça brasileiro com o garantismo penal.

Optou-se por uma pesquisa no cenário nacional, destarte práticas antigarantistas e um sistema seletivo são verificados no plano de política criminal do Brasil e por mudanças de paradigma da Suprema Corte.

Foi utilizado o método dedutivo para a execução desta pesquisa, cujo procedimento se deu através de fontes bibliográficas e documentais, uma vez que foi elaborado o estudo com recurso de levantamento bibliográfico pelas ferramentas *connectedpapers*, indexadores *H Google Scholar*, revisão do acervo FDV dissertações e teses, bem como referenciação das obras dos teóricos selecionados mais citadas no Brasil, além de autores referenciados por estas obras.

1 GARANTISMO JURÍDICO PENAL

O garantismo jurídico (penal)¹ tem como principal expoente Luigi Ferrajoli, juiz vinculado à Magistratura Democrática na Itália, largamente conhecido pela obra ‘Direito e Razão: teoria do garantismo penal’, lançada em 1989 e traduzida para o português em 2002. O jurista italiano e sua obra, sem qualquer pretensão de esgotar os aspectos do sistema garantista, detém posição de destaque na concepção da temática preconizada.

De raízes advindas do Iluminismo e do Positivismo Crítico, diferenciando-se do Positivismo Jurídico, que se atém à análise formal do Direito, ele preconiza uma análise não somente formal, mas também substancial do ordenamento (RODRIGUES, 2019). Para ele, o sistema de garantias segue a lógica do imperativo categórico e, entre outros aspectos que serão abordados, indica que garantias não poderiam ser relativizadas, mesmo frente à vontade das majorias (GAIO, 2011).

Começa-se com esse apontamento, pois ele se relaciona com o populismo punitivo, que muitas vezes se pretende democrático por ilustrar uma aspiração da “maioria”, sobretudo contra a impunidade. No Brasil, este é um fenômeno que tem se expandido, mas não se pode dizer que seja uma novidade (GAIO, 2011). A cultura brasileira em matéria penal e processual penal tem caráter fortemente autoritário, e talvez por isso o populismo punitivo encontre terreno fértil para prosperar dentro dessa tradição. O garantismo jurídico (penal) se apresenta como contraponto a esta tradição, propondo critérios para racionalização e limitação dos poderes, através de um sistema de vínculos e limites.

Em uma pretenciosa síntese, para a doutrina garantista, tanto o Estado quanto o Direito não são um fim em si mesmos, mas objetivam a proteção de direitos humanos

¹ O direcionamento da pesquisa ao garantismo penal se relaciona com o *locus* privilegiado que o direito penal e processual penal detém para a análise de um sistema de limites do poder estatal, não havendo na expressão qualquer aspecto distintivo entre direito substantivo ou adjetivo. Entretanto, importa destacar que para Ferrajoli (2012), garantismo, em seu sentido expandido, seria “a outra face do constitucionalismo” e sinônimo de “estado constitucional de direito”, extrapolando o sistema penal ao qual é frequentemente reduzido.

(RODRIGUEZ, 2019). Como se verá adiante, nesse trabalho, o Brasil vive uma contradição entre o garantismo construído no ordenamento com a Constituição de 1988 e o expansionismo penal. Para compreender a proposta de Ferrajoli, é preciso analisar a influência iluminista e positivista que ele recebe, bem como o contexto histórico em que se insere e desenvolveu suas ideias.

1.1 MATRIZ ILUMINISTA DA DOUTRINA GARANTISTA: TENSÕES ENTRE O POSITIVISMO JURÍDICO E O CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA

As modificações na cultura jurídica, a partir do século XVIII, com os ideais iluministas e liberais de *igualdade, liberdade e fraternidade*, notórios com a Revolução Francesa de 1789, apresentaram um novo paradigma para o pensamento e a racionalização do Direito, que entre outras mudanças, buscou valorizar o indivíduo, propôs a separação entre direito e moral e entre o Estado e a Igreja (RESENDE, 2015).

Estas alterações substanciais são produto da superação de um Estado teocrático, legitimador de um poder fundado na vontade divina, para um Estado antropocêntrico e racional, isto é, o Estado moderno, fortemente calcado no pensamento iluminista.

A centralização do indivíduo e sua autonomia contrasta com a realidade até então experimentada com a concentração de poderes na figura do soberano e a outorga de privilégios indiscriminados à nobreza e ao clero. Com a reconfiguração da forma de pensar o Estado, ele passa a existir para o bem-estar do indivíduo, e não para servi-lo. Assim, a ideia de liberdade é repensada.

As concepções iluministas de liberdade referiam-se: a) à autonomia do indivíduo frente ao Estado Absolutista e aos excessos da Igreja e da religião; b) à autonomia da razão em relação às superstições; c) à condição para o progresso contínuo e racional da humanidade⁴ II. Assim, com a Revolução Francesa e a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão —a liberdade passa a ser direito individual do cidadão em face do Estado. [...] e formulam-se os limites de atuação do Estado na autonomia individual e na propriedade, a partir do conceito de legalidade. (BARRETO, 2009. p. 58)

A liberdade como um estado de não-sujeição tem destaque, impondo ao Estado um comportamento passivo, como garantidor deste direito individual sobretudo pela ausência de interferência. Essa visão de garantia pela abstenção tem razão de ser vindo de um modelo que pretende superar um Estado absoluto, terreno fértil para a arbitrariedade.

Igualdade também é um ideal caro ao pensamento iluminista, presente no bordão revolucionário “*liberté, égalité, fraternité*”, preconizado pela Revolução Francesa. Igualdade neste pensamento é uma igualdade formal, exigindo que a lei fosse aplicada indistintamente a todos, independentemente da posição social. Preocupada com este princípio, a Declaração dos Direitos e Deveres do Homem e do Cidadão da Constituição de 1789 estatui em seu artigo sexto:

Artigo 6º- A Lei é a expressão da vontade geral. Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação. Ela deve ser a mesma para todos, quer se destine a proteger quer a punir. Todos os cidadãos são iguais a seus olhos, são igualmente admissíveis a todas as dignidades, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade, e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos. (DECLARAÇÃO DOS DIREITOS DO HOMEM E DO CIDADÃO, 1789)

Não se discute a importância do reconhecimento da igualdade formal, mas é importante destacar que este modelo se mostrará insuficiente, e o conceito de igualdade em sentido material surgirá no século XX, diante da insuficiência da ficção jurídica da igualdade formal como efetiva igualdade. Encerrando o desgastado bordão, traz-se a noção de fraternidade que “pressupõe esse escopo na busca da conciliação dos interesses de todos, no processo revolucionário de implementação e efetivação dos novos direitos” (RESENDE, 2015, p. 17).

Estes são os fundamentos básicos do Estado liberal, e, portanto, um Estado de Direito fortemente ligado à lei e à abstenção do ente estatal em face ao indivíduo, bem como a racionalização do poder e seu exercício. É um modelo alicerçado na razão, refletindo a importância que ela adquire no direcionamento da atuação e valorização do ser humano e na construção do conhecimento científico. Esta racionalização do conhecimento, no campo do Direito, deu tração ao positivismo jurídico, que buscará a construção de uma ciência apartada de outras ordens sociais, tais como moral,

religião, ética, política, entre outras, na crença de que assim se poderá sustentar uma ciência livre de juízos de valor (PEDRON; OMMATI, 2020).

Especificamente quanto ao Direito Penal, o liberalismo e o racionalismo da tradição iluminista, implicam na busca pela eliminação do arbítrio e em uma intervenção mínima nas liberdades do indivíduo e “essa mudança de paradigma caracteriza o surgimento das bases originárias do Estado garantista entendido na atualidade” (RESENDE, 2015, p. 17). Entretanto, para compreender estas bases, é importante inicialmente tecer considerações sobre o constitucionalismo experimentado após os eventos da Segunda Guerra Mundial. A doutrina garantista não pode ser concebida fora do pensamento iluminista ou do constitucionalismo moderno.

As alterações do modelo de Estado Absolutista para o Estado de Direito, bem como o protagonismo do pensamento científico, metodológico e racional provocaram uma onda revolucionária na Europa e impactou todos os aspectos da vida em sociedade, inclusive o Direito, sujeito a um processo de racionalização e adequação do papel do Estado em sua relação com o indivíduo.

A experiência do constitucionalismo moderno se firmou com as revoluções burguesas, na Inglaterra, em 1688, nos Estados Unidos, em 1776, e na França, em 1789. O produto desta profunda mudança social se baseia em direitos negativos, limitadores da interferência do Estado, não se preocupando com outras categorias de direitos como deveres estatais.

Apesar dos avanços quanto às garantias frente ao Estado, o abstencionismo e o forte liberalismo pregado promoveram a desigualdade social e condições de vida sofríveis, exemplificada com a experiência dos trabalhadores durante a Revolução Industrial.

As conquistas liberais não foram verdadeiramente usufruídas por toda a população, pois beneficiaram principalmente a então emergente burguesia, que, com a superação do Estado Absoluto, da intervenção econômica e das ordens estamentais, livrou-se das barreiras para fazer crescer e florescer as atividades comerciais – e posteriormente industriais – e firmou-se como a classe hegemônica, para a qual a superioridade da lei, ao garantir estabilidade, era essencial, ao lado da contenção do arbítrio e da intervenção estatais, asseguradas pela garantia da liberdade, propriedade e segurança. (CARVALHO, 2019)

A insatisfação da massa de explorados culminou com sua organização e articulação, trazendo para o debate a exploração da força de trabalho. Esse movimento social e as greves do período criaram nas elites o receio de um rompimento com a ordem estabelecida. O atendimento controlado das demandas sociais era preferível a um eventual movimento revolucionário e algumas medidas foram adotadas, sobretudo em direitos para os trabalhadores (MIRANDA, 2012).

No início do século XX, em especial com a crise de 1929 que devastou a economia do mundo, o questionamento sobre a abstenção do Estado ganhou força. A intervenção do Estado para controlar a crise sistêmica, atuando para promover o desenvolvimento social e econômico foi observada em políticas como o *New Deal* (GUERRA, 2010) de Franklin D. Roosevelt, um dos maiores exemplos do novo modelo que se formava.

Esse cenário de crise, assolando países ainda devastados pela Primeira Guerra Mundial, possibilitou a ascensão de ideologias totalitárias com propostas enérgicas para solução da crise econômica, o desemprego, e a reconstrução do orgulho nacional, criando um Estado forte, atuante e centralizador. É no início da década de 1930 que ideologias totalitárias, como o nazismo e o fascismo, reverberam com maior intensidade, e seus líderes populistas, Adolf Hitler e Benito Mussolini, ascendem ao poder, respectivamente.

A Segunda Grande Guerra que se segue devasta a Europa e empurra os países para uma nova crise econômica e para uma crise humanitária sem precedentes, com o fascismo e o nazismo apresentando um novo modelo de Estado, afastado do racionalismo ilustrado. É importante fazer um destaque para aspectos da ideologia nazista, que além de exemplificar a crise humanitária que se seguiu, demonstra o irracionalismo decorrente de ideias como a existência de um dever primordial para com o Estado (RODRIGUEZ, 2019) e da adoção de medidas extremas para combater o inimigo. Essa conexão influencia a resistência à doutrina garantista no Brasil nos dias de hoje:

[...] pode-se fazer uma conexão entre o nacional-socialismo e a história latino-americana, a partir da chamada Doutrina de Segurança Nacional, com base na qual se justificou nas ditaduras que não deveriam existir ataduras jurídicas que limitassem a luta contra a subversão. (RODRIGUEZ, 2019, p. 138)

Um dos aspectos fundamentais do pensamento nazista estava na discriminação racial, um forte antissemitismo e na perseguição a inimigos do Estado. Apesar de diversos grupos poderem ser enquadrados entre as vítimas de perseguição e destruição, como ciganos, homossexuais e deficientes, um grupo em particular foi individualizado como inimigo do Estado: os judeus. Hitler em seu discurso no *Reichstag* em 1939 foi claro sobre suas pretensões:

Hoje serei mais uma vez um profeta! Se os financistas judeus internacionais de dentro e fora da Europa voltem a levar as nações a uma guerra mundial, o resultado não será o triunfo do bolchevismo no mundo, e com isso o triunfo do judaísmo, mas a aniquilação total da raça judaica na Europa.

O Estado nazista não apenas fomentou o ódio aos judeus, mas também os excluiu e estigmatizou no ordenamento do Reich. Pode-se citar aqui as Leis de Nuremberg e a Lei para restauração do serviço público profissional, que excluía os judeus de cargos públicos, e pela qual Hans Kelsen perdeu seu posto de professor.

Outro exemplo marcante da escalada do antissemitismo nazista foi a Noite dos Cristais, destaca Barbosa (2016). Entre 9 e 10 de novembro de 1938 iniciaram-se atos de violência organizada contra os judeus, como forma de represália pelo assassinato de um funcionário da embaixada alemã na França. Essa violência foi vista na forma de execuções, saques, incêndios e outras atrocidades. A violência antissemita continuou sua escalada, e estima-se que durante o holocausto tenham sido assassinados aproximadamente 6 milhões de judeus (EVANS, 2012). Como afirmado por Silva (2005), “a estrada para Auschwitz foi construída pelo ódio, mas pavimentada pela indiferença”.

Os horrores e violações de direitos humanos observadas durante e após o fim da Segunda Guerra Mundial, vistos em toda sua crueza com as liberações dos campos de concentração, demonstraram que a separação entre direito e moral, cara aos positivistas inspirados em ideais racionais do iluminismo, poderia não ser suficiente. De fato, grande parte dos horrores do holocausto foram políticas públicas, direito posto e válido pelas regras legiferantes do regime. O direito não os rechaçava.

Os regimes totalitários demonstraram que a lei e a democracia em um sentido formal (BARROSO, 2007a) são insuficientes para coibir efetivamente políticas atroz. Vê-

se um movimento que busca superar o positivismo clássico com intenção de assegurar a dignidade da pessoa humana. O preâmbulo da Declaração Universal de Direitos Humanos reflete esse reconhecimento quando afirma:

[...] que o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade e que o advento de um mundo em que os homens gozem de liberdade de palavra, de crença e da liberdade de viverem a salvo do temor e da necessidade foi proclamado como a mais alta aspiração do homem comum.

Da mesma forma, Radbruch (2002) confirma que:

O positivismo, que poderíamos compendiar na lapidar fórmula de “a lei é a lei”, deixou a jurisprudência e a judicatura alemãs inermes contra todas aquelas crueldades e arbitrariedades que, por grandes que foram, fossem plasmadas pelos governantes da hora em fora da lei [...]. (RADBRUCH, 2002, p. 178-179)

Neste trabalho não será abordado a influência do positivismo no nacional-socialismo. É suficiente para os fins desta pesquisa apontar que eventual influência é controvertida e que os teóricos do Direito da Alemanha nazista rejeitavam expressamente o positivismo (RODRIGUEZ, 2019). De toda forma, teorias que propunham a superação do positivismo clássico foram alavancadas no pós-guerra. Abordando a superação deste positivismo, profundamente relacionado com o constitucionalismo moderno, Barroso (2007b) enfatiza que:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico não de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais (BARROSO, 2007b, p. 4-5).

Todavia, não foi antes da criação de tribunais constitucionais, a exemplo da Itália e da Alemanha, após o fim da Segunda Grande Guerra, que se reconheceu que o sistema de garantias se sobrepõe à legislação ordinária e é passível de aplicação direta pelo poder judiciário (RODRIGUEZ, 2019), um constitucionalismo rígido que se desenha. As cartas passam a ser dotadas de caráter substancial, condicionantes da atuação do Estado, ao passo que a jurisprudência se movimenta em direção ao reconhecimento do valor normativo dos princípios. É com essa conformação que se tem a constitucionalização do direito e o protagonismo da jurisdição constitucional, merecendo destaque alguns aspectos abordados por Copetti-Neto e Fischer (2013).

Nessa linha, é possível identificar três vertentes que caracterizam o neoconstitucionalismo. A primeira, como teoria do direito, retrata uma constituição “invasora”, refletida na positivação de direitos fundamentais, na onipresença de princípios e regras e pelas peculiaridades interpretativas e de aplicação da lei. A segunda, no viés ideológico, informa o objetivo principal de garantia de direitos fundamentais, destacando o papel do legislativo e do judiciário nesse intento. E a terceira, por fim, no aspecto metodológico, destaca a conexão premente entre o direito e a moral. (COPETTI-NETO; FISCHER, 2013. p. 415)

Esse constitucionalismo principialista visa assegurar a normatividade da Constituição. A jurisdição constitucional é aqui um verdadeiro vetor de transformação da realidade social, garantindo a vinculação ao texto constitucional e aproximando novamente o direito da moral, na busca por um ideal de justiça, permitindo a aferição da validade de normas a partir de sua justiça – critério ético e moral. Segundo essa tese, o constitucionalismo seria a superação do positivismo jurídico, insuficiente para a nova configuração das democracias constitucionais, incorporando princípios ético-políticos, como a igualdade e a dignidade das pessoas. Caracteriza-se esse constitucionalismo principialista, em linhas gerais:

(a) pelo ataque ao positivismo jurídico e à tese da separação entre direito e moral; (b) pelo papel central associado à argumentação a partir da tese de que os direitos constitucionalmente estabelecidos não são regras, mas princípios, entre eles em virtual conflito, que são objetos de ponderação, e não de subsunção; e (c) pela conseqüente concepção de direito “como uma prática jurídica”, confiada, sobretudo, à atividade dos juízes. (ROSA et al., 2012, p. 6)

Destaca-se que nessa perspectiva os direitos fundamentais, em especial, assim como grande parte das normas constitucionais, configuram princípios ético-políticos, e que esse sistema também adota uma distinção qualitativa e estrutural entre princípios e regras. Nele, certas normas constitucionais não são mais entendidas como regras, comportando sua observância ou inobservância, mas como princípios que podem incidir em maior ou menor grau, ponderados segundo critérios de proporcionalidade (ROSA et al., 2012).

O constitucionalismo que se propõe nestes contornos não é isento de críticas. Com o constitucionalismo principialista e com o resgate da relação entre o direito e a moral, a injustiça de uma lei é capaz de gerar sua invalidade. Aqui reside ponto de distinção fulcral de um constitucionalismo principialista ou neoconstitucionalista. Não se pode negar que as normas constitucionais possuem conteúdo moral e pretendem, ao

menos, um ideal de justiça e uma pretensão ética em sua concepção, mas a aproximação entre direito e moral cria o risco do cognitivismo ético (FERREIRA-NETO, 2016) que é capaz de enfraquecer a normatividade em seu aspecto moral e político.

Ocorre que o conteúdo normativo dessa pretensão de “justiça” não é possível de ser extraído sem um juízo subjetivo. Argumenta-se, em sentido contrário, que quanto maior o afastamento da ideia de justiça mais evidente seria de que se trata, de fato, de uma injustiça; não se diferencia, aqui, da tese jusnaturalista [*ius naturale*] que lhe antecede, na busca por um valor superior aferível. Esse argumento não elimina o subjetivismo. As margens para um juízo moral da aplicabilidade das normas permanecem e o risco do decisionismo e de acentuado ativismo judicial. Também arrisca se aventurar em um absolutismo moral já que os valores tidos por verdadeiros e evidentes em determinada concepção, seriam exigidos, inclusive juridicamente, gerando intolerância com opiniões morais diversas.

1.2 O PARADIGMA CONSTITUCIONAL GARANTISTA

O constitucionalismo garantista proposto por Ferrajoli (2014) tem uma proposição diferente da apresentada. O desenvolvimento do pensamento jurídico do Estado Liberal e positivista para o constitucionalismo no Estado Democrático de Direito tem como norte o ideal de justiça, a racionalização do exercício do poder e a garantia da dignidade da pessoa humana.

Antes de abordar o constitucionalismo garantista, é importante fazer algumas considerações sobre o positivismo, mencionando o pensamento de Kelsen, conforme Resende (2015), e seu positivismo normativista, em que o jurista:

Buscou a pureza metodológica no estudo do direito, ou seja, retirou do campo de análise tudo que não fosse considerado norma jurídica positivada. Desta forma, o autor excluiu da apreciação, fatores que não pertencessem exclusivamente ao fenômeno jurídico. (RESENDE, 2015, p. 27)

Resende (2015) reconhece que o reducionismo do positivismo jurídico não solucionava o problema da discricionariedade; decisionismo judicial, apesar de impor limites significativos. Conforme afirmam Bittar e Almeida (2012):

Não há nada no Direito Positivo que permita dizer que essa escolha é melhor do que outra. Nenhum método torna essa escolha um ato objetivo e sensivelmente positivo a ponto de se tolher as possibilidades de escolha do juiz. (BITTAR; ALMEIDA, 2012, p. 403)

Permanece, portanto, uma margem considerável para o intérprete, sobretudo nos chamados *hard cases*. A dificuldade em reduzir essas margens e conferir segurança jurídica, reforçando a integridade do ordenamento, é imensa. Esse problema acerca da discricionariedade embasa o movimento hoje conhecido como *pós-positivismo jurídico* que desenvolve teorias argumentativas com o objetivo de limitar o arbítrio na interpretação da norma. No Brasil, Lenio Streck (2011; 2012) é um de seus maiores expoentes.

Feitas essas considerações, pode-se partir para outro paradigma, o garantista de Ferrajoli. Apresentado na obra 'Direito e Razão', esse modelo tem proximidade com as ideias iluministas e positivistas apresentadas. O fim da Segunda Grande Guerra e a revisão da forma de se pensar o Direito, após as atrocidades experimentadas, dão substrato à teoria que se constrói. Ferrajoli (2010), esclarece que:

Os sofrimentos indescritíveis (uma vez mais a dor) que, como diz o preâmbulo da Carta das Nações Unidas, foram infligidos a humanidade pelo 'flagelo da guerra' e pelas violações dos direitos humanos, fizeram com que no dia seguinte a segunda guerra mundial fosse refundado o constitucionalismo através da expansão do direito internacional e por meio da rigidez impressa às constituições estatais. Desta maneira se colocou fim tanto na soberania externa como na soberania interna, ou sejam uma segunda revolução, uma segunda mutação de paradigma de direito, não menos importante que o produzido com o surgimento do Estado moderno e do positivismo jurídico. (FERRAJOLI, 2010, p. 129)

Seria, portanto, um reforço ao positivismo, no sentido de que trata não apenas do 'ser', mas também do 'dever ser', um reforço ao Estado de Direito, pois submete todo o ordenamento e a atividade legiferante, ao direito e ao controle de constitucionalidade. A concepção apresentada limita a democracia representativa, corporificação moderna da vontade da maioria e o ordenamento jurídico como um todo, que passa a se submeter igualmente à Constituição, sendo por ela condicionado não somente quanto à forma, mas também quanto ao conteúdo, implicando uma relação de necessidade

quanto à coerência com os direitos fundamentais, em uma dimensão chamada pelo autor de democracia substancial (FERRAJOLI, 2010). Sinteticamente, mesmo consensos ou posições majoritárias produzem normas ilegítimas quando confrontam direitos fundamentais.

Como modelo normativo, em relação ao *paleojuspositivismo*, ele se caracteriza pela positivação dos princípios que formam o substrato da produção das normas. O *paleojuspositivismo* foi uma expressão cunhada por Ferrajoli, que se refere ao chamado positivismo exegético, sintático ou legalista, em suas palavras: “denominei juspositivismo crítico a visão do direito própria do constitucionalismo rígido, em oposição ao juspositivismo dogmático que tende a ignorar a dissociação entre validade e vigência e, igualmente, os vícios de legitimidade do direito vigente” (FERRAJOLI, 2004, p. 271).

Trata como garantista o modelo compatível com a estrita legalidade, necessária ao Estado de Direito e que deve buscar a maximização da liberdade e restringir o poder estatal. Um verdadeiro sistema de limites decorrentes de constituições rígidas submetendo o exercício do poder à jurisdição constitucional. Também é um sistema vinculante, promovendo mecanismos para exigência da efetivação de direitos sociais, negando o Estado abstencionista na promoção do bem-estar.

Em oposição ao positivismo dogmático, a teoria jurídica crítica “tematiza a divergência entre o dever ser (constitucional) e o ser (legislativo) do direito” (ROSA et al., 2012). Diferencia validade e eficácia “não apenas entre si, mas também em relação à vigência ou existência das normas” (PRADO, 2009, p. 6), pois distingue normatividade e realidade. A diferença entre normatividade e realidade, ‘ser e dever ser’, desdobra-se em outros três aspectos:

- a) Entre justiça (dever ser externo ou ético-político) e validade (o ser dos sistemas jurídicos): que nada mais é que a separação entre Moral e Direito;
- b) Entre validade (dever ser interno) e vigência (o ser das normas legais): talvez a mais importante das distinções, pois, a partir dela é possível constatar a ilegitimidade do direito vigente;
- b) Entre normatividade e efetividade: que implica a separação entre normas e fatos, dever ser jurídico e a experiência jurídica concreta. (PRADO, 2009, p. 6)

Por fim, em uma terceira dimensão, como filosofia política, trata do caráter instrumental do direito e sua legitimação externa através da proteção de direitos individuais. Consiste em uma teoria da democracia em caráter substancial, além de formal.

Disso resulta uma teoria da democracia como sistema jurídico e político articulado sobre quatro dimensões correspondentes às garantias de diversas classes de direitos constitucionalmente estabelecidos – os direitos políticos, os direitos civis, os direitos de liberdade e os direitos sociais - que equivalem não somente a “valores objetivos”, mas também a conquistas historicamente determinadas, resultado das lutas e revoluções de muitas gerações, e suscetíveis de ulteriores desenvolvimentos e expansões: a garantia de novos direitos, como limites e vínculos a todos os poderes, inclusive os poderes privados, a todos os níveis normativos, inclusive aos níveis supranacionais e àquele internacional; a tutela dos bens fundamentais, além dos direitos fundamentais. (ROSA et al., 2012, p. 9-10)

O constitucionalismo juspositivista e garantista se diferencia, essencialmente, do constitucionalismo principialista por se opor aos seus três elementos principais: conexão entre direito e moral; centralidade da distinção qualitativa entre princípios e regras e sua contraposição; e, do papel da ponderação em detrimento da subsunção na prática jurídica.

Note-se que nenhum dos aspectos apresentados permite concluir a existência de vínculo entre o direito e a moral na proposta garantista. O direito válido para o constitucionalismo garantista não deriva de um direito supostamente justo, mas de um direito produzido em conformidade com as normas de criação, crescendo em seu sistema de vínculos as normas substantivas.

Essa razão de conformidade, segundo Ferrajoli (2012), reforça e complementa o positivismo clássico e dá foco ao direito ‘ilegítimo’, aquele produzido de acordo com as normas prescritoras, mas incompatível quanto a seu conteúdo. Avaliações por critérios metajurídicos detêm importância, mas como elementos de legitimação externos ao direito, críticos do Estado da arte e capazes de promover mudanças.

Quanto à distinção qualitativa entre princípios e regras, Ferrajoli afirma que se baseia na afirmação de que as normas constitucionais que “formulam objetivos políticos e/ou valores morais e/ou direitos fundamentais têm a forma de princípios, e não das regras”. Nessa perspectiva, explica que as regras se aplicariam aos casos por ela

previstos – incidem ao caso ou não, já os princípios, possuidores de maior grau de indeterminação, generalidade e importância, se “respeitam, se pesam e se ponderam entre eles, sobretudo quando, como geralmente ocorre, se mostram conflitantes”.

Ocorre que aparte dos chamados princípios diretivos, que possuem carga política e cuja inobservância Ferrajoli (2012) afirma não ser exatamente identificável, todos os demais, que chama de princípios reguladores ou imperativos, seriam inderrogáveis, cuja violação é materialmente possível, mas proibida.

Os chamados princípios diretivos seriam aqueles que geram expectativas de resultados específicos e determinados, correspondendo a limites ou vínculos, consubstanciados em proibições de lesão ou, diversamente, obrigações de prestações. Seriam essas as normas que indicam objetivos como desenvolvimento cultural, científico, entre outros, cujo atendimento pode ser feito em diversos graus, e que, como consequência, não pode ser determinada sua simples violação, ou como enfatiza Ferrajoli (2012), não possui *fattispecie* que configure a sua inobservância.

Já os princípios reguladores seriam normas que foram apenas formuladas de maneira diversa das regras. Baseiam-se em sua observância e não em sua violação. Da mesma forma, toda regra encerra em si um *princípio regulador* correspondente – no homicídio dispõe como regra “não matar”, e o princípio da vida subjacente a ele. O raciocínio inverso se aplica. Os direitos fundamentais estão inseridos nessa categoria. A diferença qualitativa nessa perspectiva estaria na distinção entre os *princípios diretivos* e os *reguladores*, e não entre princípios e regras.

Não existe uma diferença real de estatuto entre a maior parte dos princípios e as regras: a violação de um princípio sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou as obrigações correspondentes. Por isto, a Constituição é definida, na sua parte substancial, não só como um conjunto de direitos fundamentais das pessoas, isto é, de princípios, mas também como um sistema de limites e de vínculos, isto é, de regras destinadas aos titulares dos poderes. (ROSA et al., 2012, p. 21)

Assim como direitos e deveres são duas faces da mesma moeda, também seriam as regras e os princípios. Isso tem repercussões práticas significativas. Assumir que os princípios são qualitativamente distintos das regras contribui para o enfraquecimento de sua efetividade normativa – como limites ou como vínculos. Isso ocorre porque a

concepção de um constitucionalismo principialista apontará que, ao contrário das regras, que são observadas ou não, os princípios seriam observados na medida do possível, tanto fático quanto jurídico. Essa verificação da possibilidade de realização fática estaria refém da discricionariedade argumentativa do intérprete.

Apoiado em um pensamento eminentemente principialista, é possível relativizar mesmo um princípio de vedação à tortura, no didático exemplo do terrorista que se sabe que praticará um atentado. Sopesando a segurança pública e institucional com os direitos do suspeito, pode-se argumentar a razoabilidade e a adoção legítima da prática da tortura, quando ponderados os princípios envolvidos. Negociar o inegociável enfraquece a normatividade que se pretende atribuir aos princípios insculpidos na Constituição.

Ferrajoli não nega a importância da ponderação, em seus espaços fisiológicos, tanto no discurso político, próprio do legislativo, como na jurisdição, mas nega o alargamento que esse papel vem assumindo e sua utilização indiscriminada, reduzindo a racionalidade na aplicação da norma em favorecimento a subjetivismos.

Na verdade, tenho a impressão de que, por causa de tal ampliação, a ponderação terminou se transformando, nestes últimos anos, em uma espécie de bolha terminológica, tão dilatada que chegou às formas mais variadas de esvaziamento e de inaplicação das normas constitucionais, tanto no nível legislativo quanto no nível jurisdicional. (ROSA et al., 2012, p. 26).

É de se ter clareza que “todo caso é regido por uma norma jurídica, e necessita de justificação coerente e consistente com os supostos deontológicos do sistema jurídico, no campo de aplicação normativo” (CHAI, 2007, p. 352). O aspecto da ponderação sobre princípios, cara ao neoconstitucionalismo, relaciona-se intrinsecamente com as adaptações ao garantismo que se percebe no Brasil, como se verá adiante. As considerações e apontamentos feitos paralelamente ao constitucionalismo principialista permitem analisar a compatibilidade do garantismo penal com o modelo proposto e examinar as dificuldades que a doutrina encontra no contexto brasileiro.

1.3 O DIREITO PENAL ENTRE A RAZÃO MATERIAL E O PROCESSO

Tendo o garantismo penal como um sistema e um modelo jurídico é importante, antes de tudo, esclarecer que o garantismo penal assume esse protagonismo por possuir uma posição privilegiada quanto a limites e racionalização do poder Estatal. Segundo Ferrajoli (2014), trata-se de um sistema de limitação do poder estatal sob égide da legalidade.

Essa teoria pretende a racionalização do poder punitivo de acordo com as necessidades e possibilidades de um Estado Democrático de Direito, assegurando a tutela da pessoa contra a arbitrariedade (FERRAJOLI, 2014). A relação que se intenciona estabelecer é aquela limitadora do arbítrio e impositiva de vínculos de racionalidade no exercício do poder, inclusive o poder punitivo.

O sistema garantista exige um modelo de direito penal que se possa depreender dele, afinal, um direito penal que não seja devidamente vinculado e limitado, na ótica de um constitucionalismo garantista é um direito ilegítimo. O direito penal mínimo, como a *ultima ratio*, e o direito penal *máximo* se contrapõem, nestes termos:

Está claro que o direito penal mínimo, quer dizer, condicionado e limitado ao máximo, corresponde não apenas ao grau máximo de tutela das liberdades dos cidadãos frente ao arbítrio punitivo, mas também a um ideal de racionalidade e de certeza. (FERRAJOLI, 1997, p. 103)

No entanto, o que vem a ser o “garantismo penal”?

O garantismo nasceu, na cultura jurídica italiana de esquerda da segunda metade dos anos setenta, sobre o terreno do direito penal, como réplica à legislação e à jurisdição de emergência que naqueles anos reduziram o já frágil sistema de garantias do devido processo. (VIANNA; MACHADO, 2013)

Constata-se a necessidade de um direito penal mínimo, dirigido à proteção apenas dos bens primários e dos direitos fundamentais, e a importância de se assegurar um sistema processual com paridade entre acusação e defesa, redução das prisões provisórias entre outros, como forma de assegurar eficiência ao aparato jurisdicional e legitimar o Estado-Juiz, ainda que exercendo papel contramajoritário. Afirma existir,

portanto, “um nexos não somente entre direito penal mínimo e garantismo, mas também entre direito penal mínimo, efetividade e legitimação do sistema penal” (VIANNA; MACHADO, 2013).

É um modelo que tem como escopo construir um direito penal minimizador da violência, não apenas dos delitos, mas também das penas. Não é sem razão que Ippolito (2011) afirma que “garantismo se torna, então, o nome da teoria liberal do direito penal, ou seja, do paradigma normativo – de matriz iluminista – do ‘direito penal mínimo’” (I POLLITO, 2011, p. 36).

Por outro lado, não há espaço dentro do garantismo de Ferrajoli para o chamado abolicionismo penal, entendido como teorias que defendem o fim do direito penal e sua substituição por outras formas de controle.

Não seria legítimo prescindir-se do Direito Penal que representa, em primeira instância, uma evolução das sociedades humanas: o fim da violência proveniente da vingança privada e, conseqüentemente, a separação entre Direito e Moral. (PRADO, 2009, p. 6)

Admitido que o direito penal é uma forma de limitação ao exercício do poder punitivo, e uma evolução da sociedade. Superando a vingança privada, pode-se abordar o critério metodológico adotado pelo jurista italiano em seu garantismo penal: a racionalidade. Destarte, foram apontados três sentidos: epistemológico, axiológico e normativo.

Em seu primeiro aspecto, o epistemológico, trata dos vínculos exigidos para a fundamentação da decisão judicial. Esses vínculos, em um sistema de garantias não poderiam se fundar na autoridade de quem decide, mas no que se decide, um vínculo de conhecimento legitimador. No plano axiológico, trata-se da justificação externa do direito penal, encerrando valores alheios ao direito, mas justificantes da finalidade do sistema de justiça criminal, suas aspirações e finalidades. Por fim, normativamente, aborda a validade, e, portanto, a legitimação interna do direito penal, sua conformação formal e substancial com as normas as quais se submete.

Pinho et al. (2019), em obra magistral sobre o garantismo penal explicam didaticamente, sem pretensão de esgotar o tema, os três aspectos. Suas lições

indicam a sistematização das “razões ‘no’ Direito Penal”, das “razões ‘do’ Direito Penal” e as “razões ‘de’ Direito Penal” (PINHO, 2011). As “razões ‘no’ direito penal” tratam de seu primeiro sentido. A razão em sentido epistemológico. Por excelência, a racionalidade é base da epistemologia penal garantista. Decorre das proposições iluministas que privilegiam a racionalidade como mecanismo para limitar o poder arbitrário e absoluto. Esse sistema de limites implica na necessidade de critérios de máxima racionalidade sobre as decisões penais, tanto as jurisdicionais como as legislativas, já que as últimas não deixam de ser decisões. Seu caráter político não lhe isenta do dever de minimizar inseguranças, sobretudo na seara penal, com impacto direto na liberdade dos cidadãos a ela submetidos.

No campo jurisdicional, a lei penal é o limite por excelência, já que não existe infração penal sem violação à regra de proibição. Ocorre que a lei, por mais que seja taxativa, não alcança a totalidade das eventualidades das relações humanas. A questão central é de que forma se pode minimizar a margem de discricionariedade e o alcance legítimo da atividade interpretativa.

Como a separação entre direito e moral, corolário do positivismo, impõe que critérios valorativos pessoais, isto é, irracionais, sobre a imoralidade da conduta são inaptas para fundamentar a incidência do direito penal; a tarefa aqui é vincular a atuação jurisdicional a critérios argumentativos de máxima racionalidade sob a égide de uma estrita legalidade – *nulla poena et nullun crimen sine lege*.

Um sistema de vínculos baseado na racionalidade e na legalidade, mera legalidade ou reserva legal, como método de controle e verificabilidade da atuação judicial é efetivo para a limitação da esfera de discricionariedade, mas como já abordado, não é suficiente para suprir esse espaço, que sempre existirá, em maior ou menor grau.

Embora insista na imposição de vínculos, controle, limites, Ferrajoli reconhece que os critérios propostos pela epistemologia garantista são, em grande medida, ideais e utópicos (já que sempre haverá os espaços de poder irreduzíveis no atuar do juiz) e que, a despeito disso, deve-se perseguir, dentro do possível, a redução dos hiatos de segurança. (PINHO, 2011, p. 96)

Sintetizando, como afirmam Pinho et al. (2019), o garantismo propõe privilegiar o cognoscitivismo em detrimento do decisionismo, minimizando o poder e maximizando a racionalidade:

O cognoscitivismo (labor de conhecimento baseado na verdade processual apurada por meio da coleta de provas, exigindo do juiz a máxima motivação de suas decisões), em detrimento do decisionismo (espaço demasiado aberto para o poder de disposição do juiz). (PINHO et al., 2019, p. 41)

Quando direcionado ao legislador, a exigência do critério de máxima racionalidade na construção normativa implica na necessidade de se criminalizar fatos, não pessoas, proteger bens jurídicos relevantes, evitando inflação legislativa e um direito penal simbólico. A norma produzida deve ser precisa, clara e tanto quanto possível, sem expressões controvertidas. Para dar contorno a um modelo garantista, construído sob a égide da limitação do poder e da máxima racionalidade, Ferrajoli (2014) aponta dez postulados, axiomas que expressam garantias penais e processuais penais. Os postulados são:

Nulla poena sine crimine; nullum crimen sine lege; nulla lex (poenalis) sine necessitate; nulla necessitas sine injuria; nulla injuria sine actione; nulla actio sine culpa; nulla culpa sine iudicio; nullum iudicium sine accusatione; nulla accusatio sine probatione; nulla probatio sine defensione. (FERRAJOLI, 2014 p. 90-91)

As diretrizes extraídas desses axiomas se expressam em princípios basilares de direito penal (seis) e processo penal (quatro), e que ao menos no campo teórico são largamente aceitos como vinculantes de um sistema penal democrático:

Dez axiomas fundamentais das garantias penais e processuais penais: i) princípio da retributividade ou da consequencialidade da pena em relação ao delito; ii) princípio da legalidade, no sentido lato ou no sentido estrito; iii) princípio da necessidade ou da economia no direito penal; iv) princípio da lesividade ou da ofensividade do evento; v) princípio da materialidade ou da exterioridade da ação; vi) princípio da culpabilidade ou da responsabilidade pessoal; vii) princípio da jurisdicionariedade, também no sentido lato ou no sentido estrito; viii) princípio acusatório ou da separação entre juiz e acusação; ix) princípio do ônus da prova ou da verificação; e, x) princípio do contraditório ou da defesa, ou da falseabilidade. (FERRAJOLI, 2014, p. 90-91)

Importa frisar que quanto maior o respeito e a observância aos postulados, mais garantista será o sistema ou mais tendente a um direito penal mínimo, ou, no reverso, ao direito penal máximo. São os contornos da razão no direito penal. Já a razão do direito penal, conforme desenhado por Pinho e Albuquerque (2019), corresponde ao sentido axiológico.

Em sentido axiológico, diz respeito a justificação externa do direito penal. O direito penal, como um sistema de repressão a condutas proscritas pelo legislador tem, em sua essência, o exercício do poder no sentido de proibir (norma), julgar (processo) e punir (sanção penal, execução do *ius puniendi*). Ferrajoli aponta que esse exercício de poder apresenta custos, seja na forma da imposição das restrições, seja pelo processamento ou punições de inocentes, que denomina de cifra de injustiça.

Quanto maiores as injustiças, menor observância aos postulados garantistas haverá no sistema, já que estará violada a racionalidade como fator limitador do exercício do poder. A injustiça, racionalmente, não justifica o combate à impunidade. O custo da justiça não pode ser, por óbvio, a injustiça. Há uma tensão entre a busca da eficiência do sistema penal (combate à impunidade) e a resistência a injustiça, processamento e/ou condenação de inocentes.

Percebe-se, então, que no Direito (e no Processo) penal, a tensão entre Estado e cidadão, poder público e liberdade privada, defesa social e direitos individuais é constante e manifesta, de tal sorte que a legitimação do Direito Penal (justificar os custos das restrições impostas) acaba por se confundir com a legitimação mesma do próprio Estado, já que o poder de proibir, julgar e castigar é, intrinsecamente, violento. (PINHO et al., 2019, p. 43)

As razões do direito penal cuidam, portanto, da busca por argumentos que justifiquem a intervenção violenta do poder punitivo na vida do cidadão. Não se trata da sua justificação interna, ou seja, da validade das normas, mas de uma construção que legitime o direito penal por uma ótica externa, metajurídica, seja ela filosófica, política ou moral. Por fim, as razões de direito penal dão conta do sentido normativo e jurídico da razão, fundamentos internos de legitimação. Trata-se da justificação do direito penal analisando sua compatibilidade com o ordenamento em que se insere, em especial a compatibilidade com as determinações constitucionais.

Não se buscam razões alheias ao ordenamento, aquelas metajurídicas, que em última análise expressam “se e porque” se deve proibir, julgar e punir, mas “como e quando” se proibir, julgar e punir. Trata-se de uma análise da validade do direito penal. Nessa perspectiva sobre a razão, as razões de direito penal, que Ferrajoli trata os axiomas garantistas, é pela observância destes postulados que se pretende, do ponto de vista interno do ordenamento jurídico, em especial constitucional, a limitação do poder de punir.

Em todos os seus sentidos, o garantismo se volta à proteção do mais frágil, face ao exercício desenfreado do poder. A *legge del più debole* é a espinha dorsal do garantismo penal, levando em consideração quem é a parte mais fraca da relação que se estabelece. O modelo pretende garantir o máximo de liberdades individuais, a penalização das condutas estritamente vinculadas à racionalidade e à minimização da violência estatal, garantindo a justificação da restrição aos direitos de liberdade.

Perante o exposto, decorre que o direito penal não deve ser utilizado como um instrumento de repressão social, estigmatizante daqueles rotulados como desviantes e que não raro pertencem às camadas sociais mais desatendidas dos seus direitos sociais, cujos vínculos foram apresentados por Ferrajoli em sua obra.

A justificação externa do sistema penal brasileiro, sob uma perspectiva garantista, carece de reformulação, pois da mesma forma que se aponta a impunidade como fator motivador e justificante de um direito antigarantista e supostamente mais eficiente quanto à imposição de penas, não enfrenta a tradição penal autoritária no Brasil.

1.4 GARANTISMO PENAL NO BRASIL

A discussão sobre garantismo alcançou a ordem de protagonista no debate jurídico no Brasil, principalmente quando se fala em Direito Penal. Contudo, o impacto da Teoria Garantista em terras brasileiras é quase contemporâneo à publicação de Ferrajoli na Itália. Isso porque desde as décadas de 60 e 70 Ferrajoli já disseminava as ideias que desencadeariam a gênese do garantismo penal através de um grupo de juristas que pensavam o Direito a partir de uma teoria mais crítica.

Este grupo foi responsável por um movimento *sui generis* na magistratura italiana, como uso alternativo do Direito, e veio a se popularizar nas profissões jurídicas, sobretudo dentro do campo mais progressista. Na Itália, tal movimento pleiteava a efetivação da Constituição de 1948, que se construiu através de relação de forças no campo democrático, em oposição ao regime fascista, que assim como a Constituição

Brasileira de 1988, salvaguardou os direitos fundamentais de primeira dimensão, como os já citados direito de oposição ou resistência, e assegurou os direitos de segunda e terceira dimensões.

No entanto, durante as décadas de 60 e 70, os direitos previstos naquela Constituição já estavam numa zona de inefetividade, muito por omissão dos poderes executivo e legislativo que não regulamentaram as normas de conteúdo pragmático. Além disso, o próprio Poder Judiciário escanteava a carta constitucional em detrimento do Código de Rocco, ou seja, a jurisprudência dava mais efetividade às legislações infraconstitucionais italianas.

É oportuno dizer que cenários muito parecidos em diferentes países propiciaram a exportação das ideias de Ferrajoli, por exemplo, na Espanha com a constitucionalização posterior à queda de Franco, e em Portugal, que dialogou com a Teoria Crítica do Direito francesa. A América Latina também se mostrou um campo fértil para proliferação das ideias do jurista italiano em razão dos pressupostos e principiologia comuns, a despeito dos níveis de incorporação serem diferenciados.

Historicamente, há um movimento pendular entre o autoritarismo e o liberalismo, entre democracia e reações antidemocráticas “ligado à fraca tradição de garantia de direitos no Brasil, frequentemente entendidos enquanto tolerância política privada” (AVRITZER, 2018). Foi nesse contexto que o Brasil, após o final da década de 80 e com a queda do Regime Militar, promulgou a Constituição de 1988 que restaurou a democracia e reconheceu uma extensa gama de direitos, no qual se criou um cenário propício para a tendência do uso alternativo do direito, movimento já conhecido em outros países, ainda que diante de uma magistratura conservadora.

Com este pano de fundo, Ferrajoli foi recebido no Brasil por juristas que buscavam efetividade constitucional, justiça e emancipação sociais e uma perspectiva antiautoritária, sobretudo na década de 90. Autores como Amilton Bueno de Carvalho, Jacinto Coutinho, entre outros grandes nomes foram expoentes do movimento que primeiramente se firmou em torno da Universidade de Santa Catarina.

No campo das Ciências Criminais, essa crítica se inicia com o direito alternativo e vai migrando para o garantismo, que se qualifica na obra de Ferrajoli, ganhando força até ser encampado por vários autores da literatura criminal e até mesmo na jurisprudência, especialmente em razão do passado autoritário e violador de garantias do Sistema Penal Brasileiro.

Sob essa perspectiva, cumpre dizer que Luigi Ferrajoli desenvolveu a Teoria Garantista, também chamada de Teoria Minimalista, a partir de uma concepção política de base liberal, na ideia de centralidade da pessoa humana, e no campo jurídico, a partir da matriz teórica do positivismo jurídico. Ressalta-se que Ferrajoli é um positivista. Sua teoria é construída sob duas perspectivas distintas: um enfoque extra sistêmico e um intrassistêmico. O enfoque extra sistêmico se refere a parâmetros extra ou metajurídicos, ou seja, ético-políticos atinentes à finalidade das penas e à legitimidade ao controle punitivo. De outra ponta, o enfoque intrassistêmico diz respeito aos níveis de legitimidade interna do sistema normativo, considerando níveis de coerência ou de incoerência dos planos da estrutura (HAUSER, 2001).

Extrai-se do garantismo de Ferrajoli que a tutela dos Direitos Humanos dos cidadãos, desviados ou não desviados, representa a finalidade última do Direito Penal e, diante disso, devem ser fixados limites e condições pelas quais o monopólio da violência poderá ser exercido pelo Estado de forma legítima. A estrutura de sua teoria impõe as seguintes perguntas: Em que se baseia o direito de castigar? Como se justifica o exercício da violência organizada, que é a pena? Sobre tais indagações, afirma que “um sistema penal está justificado somente se a soma das violências – delitos, vinganças e castigos arbitrários – que está em condições de prevenir – é superior à das violências constituídas pelos delitos não prevenidos e pelas penas estabelecidas para eles” (FERRAJOLI, 1995, p. 336). Ainda, acrescenta que:

A pena está justificada como mal menor - somente se é menor, ou seja, menos aflitiva e menos arbitrária - em relação a outras reações não jurídicas que é lícito supor que se produzirão em sua ausência; e que, mais em geral, o monopólio estatal do poder punitivo está tanto mais justificado quanto mais baixos sejam os custos do direito penal em relação aos custos da anarquia punitiva. (Ferrajoli, 1995, p. 336)

No Brasil, o garantismo penal causa incômodo há bastante tempo. As reações a ele, bem como a busca de soluções para uma real compreensão da teoria se esticam por

pelo menos duas décadas. A doutrina garantista, na prática judiciária brasileira, é rotulada como instrumento jurídico capaz de fomentar a impunidade, de assegurar direitos de criminosos em detrimento da sociedade. Questiona-se se há uma real proteção de direitos quando a impunidade e a sensação de insegurança da população são tão latentes (FIGUEIREDO, 2019, p. 11).

Decisões polêmicas dos Tribunais fomentam o debate, como aquelas proferidas em casos em que se estabeleceram paradigmas referentes ao respeito às garantias fundamentais do cidadão, especialmente em episódios de grande repercussão, que em regra envolveram pessoas de alto poder aquisitivo, com fácil acesso às autoridades e aos diversos recursos previstos no ordenamento pátrio. Exemplos emblemáticos são a Súmula Vinculante n. 11 (BRASIL, 2008) e as ADPF n. 395 (BRASIL, 2018b) e n. 444 (BRASIL, 2018c), que serão objeto de análise mais adiante, no capítulo três desse trabalho quando serão tratadas práticas antigarantistas no Brasil, como justificativa metodológica.

O que se pretende fixar é que o sentimento de parte da população com a suposta leniência e insuficiência da aplicação da lei penal traduz uma ideia turva de impunidade, a qual acaba robustecendo o seu descrédito com o Sistema Penal. Afirmam haver na hermenêutica constitucional uma supervalorização de direitos em detrimento de deveres, isto é, questionam se realmente existe a proteção de direitos quando a sensação de impunidade e insegurança aumentam.

Essa visão emergente e conservadora dá motivo a constantes ataques à teoria garantista, principalmente no campo do senso comum, justamente pela vulgarização do termo garantismo sem que exista o devido compromisso teórico ou metodológico ao seu entendimento. Assim, inevitavelmente, a teoria passa a ser vista de forma negativa, atrelada de forma pejorativa à proteção aos Direitos Humanos.

No campo acadêmico, no entanto, os ataques parecem ser mais preocupantes, pois se revestem da apropriação teórica e conceitual do garantismo para se atribuir conteúdo diverso do proposto, redirecionando a prática garantista e produzindo uma inversão ideológica do discurso para alcançar um resultado contrário aos princípios propostos por Ferrajoli, ou seja, invertendo as premissas concretas da teoria.

Talvez a mais relevante adaptação e sistematização da teoria garantista de Ferrajoli no Brasil é o chamado 'Garantismo Penal Integral', que tem como expoente Douglas Fischer. Ele defende que a interpretação que é feita do garantismo penal de Ferrajoli é parcial, afastando-se de pilares da teoria e defendendo o que chama de garantismo penal hiperbólico monocular (FISCHER, 2009).

A partir da obra 'Garantismo Penal Integral', Fischer pretende, com seus apontamentos, demonstrar que a doutrina garantista, no Brasil, tem apenas um de seus aspectos observados e defendidos, ou seja, os direitos individuais. Ele compreende que o garantismo idealizado por Ferrajoli foi importado para o Brasil de maneira equivocada. Aliás, o ponto em que gravita a análise crítica da teoria proposta pelo jurista italiano não consiste na adaptação à realidade brasileira, mas na forma distorcida como ela supostamente se impõe (FISCHER, 2014).

Isso porque era necessário, como dito alhures, que a doutrina de garantias pudesse ecoar em todas as esferas da sociedade brasileira, não só na jurídica, mas também na política e na social, em virtude do período autoritário experimentado pela Ditadura Militar. No entanto, aplicando a teoria preconizada por Ferrajoli, a proteção dos direitos fundamentais individuais dos réus teria se destacado à revelia de outros direitos, igualmente consagrados pela Constituição de 1988, mais notadamente os direitos sociais e coletivos que ela explicita.

Para Fischer (2014) não há dúvidas de que a Constituição de 1988 é garantista e fundadora de um Estado Social e Democrático de Direito. Desse ponto é que ele parte para a análise dos postulados propostos. Assim, frisando a incapacidade de reconhecer que o garantismo não se resume a direitos individuais, mas também a deveres perante uma sociedade, estabelece como consequência uma inaceitável proteção insuficiente a outros direitos igualmente previstos.

Dito de outro modo, afirmam os adeptos dessa teoria têm uma aproximação inicial do garantismo penal de Ferrajoli que poderia originar a impressão de que seu pressuposto é a proteção de direitos fundamentais individuais, mas que sua compreensão integral da teoria implica na aceitação de que igualmente se destina à proteção de outros direitos.

Quiçá pela preocupação de que fossem protegidos de forma urgente e imediata apenas dos direitos fundamentais individuais dos cidadãos (e havia na gênese do movimento razões plausíveis para uma maior proteção de tais direitos em embates na seara penal), não raro vemos hodiernamente um certo desvirtuamento dos integrais postulados garantistas, na medida em que a ênfase única continua recaindo exclusivamente sobre os direitos fundamentais individuais (como se houvesse apenas a exigência de não fazer por parte do Estado como forma de garantir unicamente direitos de primeira geração) e uma visão monocular de que o Estado continuaria sendo exclusivamente o Leviatã. (FISHER, 2014, p. 116)

Portanto, parece, que os direitos individuais de primeira dimensão, sobretudo aqueles que se encontram sob a égide do sistema penal, constituem verdadeiros obstáculos à “compreensão sistêmica e integral dos comandos da Carta Maior” (FISCHER, 2014, p. 116). Em outras palavras, tanto para Fischer quanto para todos aqueles que com ele se assentam doutrinariamente, a efetiva materialização dos direitos fundamentais de outras dimensões não é levada a cabo porque existe a consagração dos mandamentos constitucionais que salvaguardam os réus do arbítrio estatal.

Nesse momento do silogismo, é digno de nota que, também como imperativo constitucional (art. 144, caput, CF), o dever de garantir segurança (que se desdobra em direitos subjetivos individuais e coletivos) não está em apenas evitar condutas criminosas que atinjam direitos fundamentais de terceiros, mas também na devida apuração (com respeito aos direitos dos investigados ou processados) do ato ilícito e, em sendo o caso, da punição do responsável. (FISCHER, 2014, p. 130)

Com a punição, e baseado na prevenção geral positiva, seria possível assegurar algum aspecto de paz social para a população não-delinquente. Sem pretender esgotar os aspectos defendidos pelo garantismo penal integral, não poderia deixar de se apontar que Fischer, citando o Ministro Gilmar Mendes, afirma que os direitos fundamentais não proíbem apenas a intervenção, mas também um dever de proteção suficiente a esses direitos (MENDES, 2004). Para ele, a proibição de excesso como a outra face da proibição de omissão:

Haveria, assim, para utilizar uma expressão de Canaris, não apenas uma proibição do excesso (Übermassverbot), mas também uma proibição de omissão (Untermassverbot). Nos termos da doutrina e com base na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, pode-se estabelecer a seguinte classificação do dever de proteção: [...] (b) Dever de segurança [...], que impõe ao Estado o dever de proteger o indivíduo contra-ataques de terceiros mediante adoção de medidas diversas; [...]. Discutiu-se intensamente se haveria um direito subjetivo à observância do dever de proteção ou, em outros termos, se haveria um direito fundamental à proteção. A Corte Constitucional acabou por reconhecer esse direito, enfatizando que a não observância de um dever proteção corresponde a uma lesão do direito fundamental previsto no art. 2, II, da Lei Fundamental. (MENDES, 2004)

Essa proibição de omissão seria o garantismo positivo que para os defensores do garantismo penal integral também seria aplicável ao direito penal e processual penal. Por essas razões, e aqui dá-se destaque, afirma que o princípio da proporcionalidade e o garantismo penal teriam a mesma finalidade: a busca por uma relação de equilíbrio, sem protagonismos, na proteção da totalidade dos direitos fundamentais, individuais e coletivos e dos deveres fundamentais. Essa compreensão é denominada como uma espécie de garantismo monocular, tendo em vista a inobservância de deveres fundamentais que estariam previstos na Carta Magna.

Embora eles não estejam previstos única e exclusivamente ali, convém acentuar que o art. 5º da Constituição está inserto em capítulo que trata “dos direitos e **deveres** individuais e coletivos”. Assim, como forma de maximizar os fundamentos garantistas, a função do hermenêuta está em buscar quais os valores e critérios que possam limitar ou conformar constitucionalmente o Direito Penal e o Direito Processual Penal. (FISCHER, 2014 p. 124)

O que Fischer tenta sublinhar é o fato de que parte da doutrina e da jurisprudência se referem ao garantismo penal ou à doutrina de garantias sem que se veja a assimilação que ele entende como sendo essencial para a superação da perspectiva monocular do garantismo. Ele milita também a favor da possibilidade de execução da pena ainda na pendência de recursos de natureza extraordinária, na contramão do texto expresso da Constituição.

Embora tais reflexões estejam munidas de elementos instigantes para o debate garantista, mormente através da perspectiva penal, não parece ser o melhor caminho quando se eleva a discussão ao garantismo no Brasil. Afinal, não é razoável compreender que a proteção de direitos seja a responsável por imprimir olhares distorcidos à conjuntura do Direito Penal. Ademais, a leitura da própria obra de Ferrajoli permite extrair uma crítica ferrenha à dimensão de defesa social, fragilizando o aspecto fundamental do garantismo integralista. O que se quer deixar claro é que, ao contrário do que vem sendo debatido no Brasil, Ferrajoli entende ser impossível pensar uma dimensão positiva de direitos sociais via pena.

Ademais, a interpretação apresentada pelo garantismo penal integral é digna de outra crítica metodológica. Sucintamente, aponta-se que a construção da teoria apresenta traços do pensamento de Robert Alexy (2008) sobre o sopesamento de valores quando diante de um cenário de confronto entre princípios, algo rechaçado por

Ferrajoli, para quem “não existe uma diferença real de estatuto entre a maior parte dos princípios e as regras: a violação de um princípio sempre faz deste uma regra que enuncia as proibições ou obrigações correspondentes” (FERRAJOLI, 2004).

No tópico anterior, quando abordado o garantismo constitucional, foi apresentada a questão da distinção qualitativa entre princípios e regras, rejeitada em grande parte pelo paradigma garantista. Afastando-se do constitucionalismo principialista, o constitucionalismo garantista, além da crítica à distinção qualitativa, como consequência necessária de uma doutrina de complementação ao positivismo, busca reduzir drasticamente o espectro de discricionariedade do julgador e combate expressamente a solução de conflito entre normas/princípios por um critério de ponderação. Como visto, para o constitucionalismo garantista, a ponderação enfraquece a legitimação do Estado-juiz e corrói a normatividade da Constituição. A interpretação se daria, na realidade, sobre a valoração probatória e as circunstâncias de fato, fortalecendo a vinculação ao direito em sua aplicação.

Há aqui uma contradição basilar entre o garantismo jurídico-penal de Ferrajoli, lastreado no constitucionalismo garantista, com o garantismo penal integral indicado por Fischer e que parte da proporcionalidade, ou seja, elemento essencial para a ponderação, na busca pela máxima efetividade de todos os direitos previstos na Constituição, de viés essencialmente principialista. Ademais, o direito penal, tratado pela doutrina garantista como critério racionalizador e limitador do direito de punir do Estado, visto por Ferrajoli como necessário, mas com evidente desconfiança, é alçado por Fischer como promotor de direitos fundamentais na ótica do garantismo penal integral sob a forma do garantismo positivo. Ocorre que, segundo Ramos e Chaves (2020):

A proposta do garantismo integral – segundo a qual o garantismo positivo é visto como um interesse abstrato da sociedade apto a restringir direitos fundamentais individuais por meio da técnica da ponderação – não encontra guarida nas lições de Luigi Ferrajoli. Isso por que o garantismo positivo trata de obrigações de prestações do Estado e não de abstenções. Relaciona-se mais propriamente com direitos individuais sociais e não direitos individuais de liberdade. (RAMOS; CHAVES, 2020, p. 118)

A apresentação sucinta da teoria e suas críticas traz de volta o objetivo do trabalho. O chamado garantismo penal integral apresenta argumentos em seu bojo para

justificar flexibilizações no campo das conquistas em direitos individuais negativos, ao menos sob uma ótica garantista. Uma reação contra o garantismo que defendem como parcial, causador de impunidade quando adotado de forma incompleta, como teria sido feito no ordenamento jurídico brasileiro. Com essa linha de pensamento defende-se, por exemplo, a execução de condenações penais em segunda instância, a despeito do artigo 5, LVII da Constituição de 1988 que versa que “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”. A esse respeito, ecoa as palavras de Carvalho (2017).

Na esfera dos metarrelatos legitimadores do aparato punitivo e, mais especificamente da equação crime-processo-pena, encontra-se o “garantismo penal integral”, conceito empregado com o propósito de contrapor o que seria a versão integral do pensamento de Ferrajoli – o “verdadeiro” sentido do garantismo penal – ao chamado “garantismo hiperbólico monocular”, uma espécie de desvirtuamento do pensamento do professor italiano, pautada na valorização exclusiva dos direitos individuais fundamentais. Essa alardeada distorção dos postulados garantistas seria responsável por comprometer a tutela de interesses sociais e coletivos e por favorecer a criação de um cenário marcado pela impunidade e insegurança. Na visão de Fischer, “o Estado deve levar em conta que, na aplicação dos direitos fundamentais (individuais e sociais), há a necessidade de garantir também ao cidadão a eficiência e segurança”. Rejeitamos essa perspectiva especialmente por entender que o discurso do garantismo penal integral se apropria de elementos da teoria desenvolvida por Ferrajoli e deteriora exatamente aquilo que ela pretende combater: a intervenção estatal arbitrária. (CARVALHO, 2017, p. 127-128)

O integralismo encabeça uma extensa gama de críticas ao garantismo, destarte não há dúvidas. Entretanto, mesmo diante de graves erros teórico-metodológicos apontados por Ramos e Chaves (2020), encontra-se, atualmente, difundido no senso comum teórico dos juristas, razão pela qual compõe essa racionalidade que atrela o garantismo, por exemplo, ao marxismo às teorias do conflito, como a criminologia crítica e abolicionismo penal.

Contudo, a leitura de Ferrajoli permite extrair sua filiação à matriz positivista, não sendo possível extrair tendência antidogmática ou anárquica, que é caracterizada, inclusive, pela dificuldade de enquadrá-la dentro da criminologia crítica que possui como um de seus pressupostos o antipositivismo. Ademais, a teoria formulada pelo italiano se identifica mais com as teorias do consenso liberal contratualista e não com as teorias do conflito de tradição marxista (CARVALHO, 2008).

O fato é que as reações ao garantismo penal no Brasil parecem ser muito bem explicadas em decorrência de uma tradição autoritária, que fica ilustrada através de textos que atacam a teoria garantista. No entanto, discursos autoritários e repressivos não são bem-vistos após a Constituição de 1988. É necessário buscar manter, ao menos, a aparência democrática e progressista preconizada pela Carta Magna.

A título ilustrativo, recorda-se o lançamento da Revista Jurídica do Combate à Impunidade pelo autodenominado Movimento de Combate à Impunidade (MCI), que trouxe, desde seu editorial, um discurso de resistência à doutrina garantista. Flávia Ferrer, autora do editorial da edição citada afirmou que a “Bandidolatria mata! Impunidade mata! Desencarceramento mata! Garantismo mata!” (FERRER, 2019). Talvez essa afirmação seja a síntese de uma incompreensão que a doutrina de Ferrajoli encontra no Brasil. Garantismo, para esse segmento, é sinônimo de impunidade, da defesa dos criminosos em detrimento da sociedade. Em outra passagem desse mesmo editorial, Ferrer (2019) assevera que:

A dogmática reinante, segundo a qual o criminoso é uma ‘vítima’ das desigualdades e os direitos humanos apenas se voltam à vedação de práticas estatais, faz com que a sociedade se veja à mercê da ação indiscriminada de criminosos, tanto comuns como de ‘colarinho branco’. (FERRER, 2019, p. 10)

O manifesto do grupo composto por 300 operadores do direito que se dizem preocupados com a segurança pública e as vítimas, promoveu a publicação dessa revista, cujo marco é a resistência ao garantismo penal no país. Em outra passagem, pretendem denunciar as causas da impunidade.

Você pensa que eles querem garantias para você, cidadão, mas eles só querem que não haja punições de verdade, só querem garantir criminosos [...]. É o que eles chamam de garantismo, no Brasil: que tem gerado cada vez mais impunidade da forma que aplicam. (REVISTA JURÍDICA DE COMBATE A IMPUNIDADE, 2019, p. 15)

Garantismo é visto como causa da impunidade, sendo considerado instrumentos nefastos utilizados para se evitar punições dos criminosos. Também existem artigos criticando o garantismo seguindo essa ótica, alguns republicados na Revista Jurídica de Combate à Impunidade, e que são precedidos pela seguinte apresentação:

Começamos a seção com dois artigos, de Aydos e de Giardin, que passam como um trator sobre Ferrajoli, revelando bem o obscuro lado desconhecido (o único?) do Garantismo penal: o de uma doutrina baseada em premissas distorcidas e falsas e que é efetivamente abolicionista. (REVISTA JURÍDICA DE COMBATE A IMPUNIDADE, 2019, p. 231)

O garantismo não pode ser visto como discurso de legitimação da barbárie, pois deve ser pensado na construção de uma dogmática emancipatória. Todavia, no Brasil, muito mais que um equivocado entendimento há um fetiche pela aplicação enviesada, autoritária e expansionista da teoria garantista. Como será demonstrado no decorrer deste trabalho, as práticas jurídicas que percebem na efetivação de direitos os obstáculos a outros direitos buscam colher, com efeito, práticas antigarantistas e autoritárias maquiadas de luta por direitos.

2 A SELETIVIDADE DO SISTEMA DE JUSTIÇA CRIMINAL: O QUE SE PUNE E QUEM SE PUNE

No presente capítulo se efetuará um recorte da seletividade do sistema de justiça criminal, com uma aproximação dialógica de Ferrajoli com Wacquant. Conceitos de Wacquant que se aproximam de Ferrajoli na concepção teórica. Para Ferrajoli o direito penal como um sistema de máxima racionalidade e maximização de liberdades só é democrático nesse sentido. A razão tem um papel de destaque na construção temática exarada. No capítulo anterior, tratou-se da razão no direito penal, que buscam responder “se”, “porque”, “como” e “quando” punir, questões essenciais para a construção de um modelo garantista. A pesquisa de Wacquant dispõe de um caráter de relevante complementaridade. Trata do “que” efetivamente se pune e “quem” se pune, revelando a função do direito penal como um sistema de dominação em uma sociedade capitalista.

Conforme explicitado por Ferrajoli (2014), muitas das críticas ao garantismo penal, apontam um fomento a impunidade como uma consequência direta da estrita observância de garantias individuais, viabilizando sua ponderação com a efetividade do sistema de justiça. O discurso de impunidade pressupõe que condutas desviantes não recebem o devido tratamento pelo aparato estatal. O direito penal se dedica, por excelência, ao exercício do direito de punir do Estado e ao apenamento do delinquente. Importante ressaltar que, para se possibilitar a análise da impunidade, é necessário compreender o que faz punível e por quais razões.

Segundo Jesus e Santos (2021), “viver em sociedade significa estar em meio a grupos capazes de classificar pessoas e determinar as características comuns à coletividade” (JESUS; SANTOS, 2021, p. 244). Aprender a viver em comunidade pressupõe entendimento das regras comuns e comportamento, mesmo com as normas.

No entanto, quando determinado sujeito se difere do que é considerado comum aos demais, naturalmente lhe é imposta, ainda que de forma inconsciente, a identidade de estranho, de desconhecido, de “o outro. Na Sociologia, o estudo do comportamento entendido como desviante perpassa

pela análise do “corpo abjeto”, do “fora da lei”, do “louco” e de todo aquele que resiste, foge ou infringe as regras morais ou normas convencionadas em uma sociedade. (JESUS; SANTOS, 2021, p. 244)

As condutas criminosas são definidas pelo Estado, que as reputa violadoras da ética social daquela comunidade e sobre as quais deve recair uma punição. A escolha dessas proibições revela um direcionamento do aparato de repressão, e por essa razão é significativo analisar a seleção dessas condutas e a eventual impunidade das condutas desviantes. Inicialmente, é essencial que se defina quem é o delinquente, esse sujeito que se afasta da normalidade social esperada e que por essa razão deve sofrer uma atuação, uma reação à conduta desviante.

Considerando a abordagem das obras de Wacquant, exalta-se que sua contribuição teórica é essencial para a compreensão do presente trabalho, haja vista que o pesquisador se dedica a examinar práticas punitivas, principalmente nos Estados Unidos e Europa, que ganhavam corpo em contextos de economias desreguladas. O mais importante, porém, é que será a partir da perspectiva de Wacquant que a defesa do garantismo de Ferrajoli poderá ser feita dentro da realidade brasileira. Mais adiante quando forem feitas as análises de algumas decisões de Tribunais brasileiros, os quais expressam flagrantes práticas antigarantistas, influenciados pelo garantismo integral de Fisher, perceber-se-á que, ao invés de diminuir taxas de criminalidade e produzir segurança, a violação de direitos fundamentais estimula um aumento desenfreado do controle punitivo do Estado sobre os mais pobres, pois são os que mais sofrem com a retração do Estado de Bem-estar, como indicou Wacquant (2001).

2.1 DESENHOS INSTITUCIONAIS DA SELETIVIDADE PENAL A PARTIR DO DESVIO, DA SELETIVIDADE E DA REAÇÃO SOCIAL: UM PERCURSO HISTÓRICO CONCEITUAL

O comportamento tido como desviante ou proibido é uma constante na sociedade. A proibição de determinada conduta não a elimina da estrutura social. A pesquisa acerca do inevitável ciclo de condutas criminosas fomenta o estudo da criminalidade, visando

compreender suas causas, seu desenvolvimento e formas de enfrentamento desse fenômeno. Segundo Calhau (2009):

O delito é um dos objetos mais antigos de preocupação da humanidade. Já presente nos primórdios da narrativa bíblica com o homicídio praticado por Caim em face de Abel, ou nos escritos da Grécia Antiga, passando por diversos autores da Idade Média. (CALHAU, 2009, p. 34)

Apesar da preocupação com o tema ser percebida desde a antiguidade, Bleichvel e Leal (2013) afirmam que mesmo que muito se falasse sobre a criminalidade, não havia respaldo suficiente na abordagem do assunto, e apenas com o surgimento da Escola Clássica o crime passa a ter centralidade nas discussões. No estudo da Criminologia, a Escola Clássica surge como momento de compreensão da racionalidade penal moderna e da finalidade atribuída à sanção penal. Com alicerces no pensamento iluminista, com foco na racionalidade e na centralidade do homem, tem-se um marco de alteração quanto à arbitrariedade da justiça, e no caráter desumano das penas, presentes no absolutismo.

Desenvolvida no final do século XVIII, marcado por intensas transformações econômicas e sociais, a Escola Clássica é idealizada por aqueles que pretendiam um sistema de justiça penal que apresentasse maior segurança e igualdade. No pensamento da Escola Clássica, desloca-se o direito de punir da “vingança do soberano para a defesa da sociedade” (FOUCAULT, 2013, p. 105), abordando o delito e a pena sob a ótica de um método apriorístico e dedutivo, sem diálogo com o método experimental positivo. Labora a escola supra com a responsabilidade do indivíduo, construída sob um parâmetro moral pressupondo o livre-arbítrio do criminoso (COSTA, 2005). Prosseguindo o raciocínio Vieira (1997) argumenta:

Conforme Carrara, o pai da Escola Clássica, no livre-arbítrio está o fundamento da imputabilidade moral, que é, por sua vez, o fundamento da responsabilidade penal. Só se pode imputar delito a alguém, quando dotado de livre-arbítrio, quando possua a liberdade de optar entre os motivos. (VIEIRA, 1997, p. 19)

Baseando-se nessa responsabilidade do indivíduo pela sua conduta, a finalidade da pena, nesta corrente de pensamento, é o reforço da ordem moral, o castigo como forma de compensação pela violação (FARIAS-JÚNIOR, 2006, p.28.). Seu objeto de

investigação é o delito ficando o delinquente em segundo plano, havendo alteração dessa abordagem com o surgimento da Escola Positiva.

O sociólogo criminal Enrico Ferri anuncia o surgimento da nova Escola Positiva em novembro de 1882 com um suposto exaurimento da Escola Crítica que lhe antecedeu (DIAS, 2020). Essa nova corrente de pensamento “buscava compreender o crime como um fenômeno concreto e natural, devendo-se investigar, portanto, suas causas naturais, por meio do método experimental” (DIAS, 2020, p.1). Foi com a ascensão dessa escola que se abordou o determinismo comportamental do delinquente, contrapondo o livre-arbítrio que norteava a Escola Clássica.

Para a Escola Clássica, o homem criminoso é dotado de livre arbítrio. Não há que se cogitar das causas ou fatores criminógenos ou de influxos exógenos ou endógenos influenciadores do comportamento criminoso, mas para a Escola Positiva, o determinismo desse comportamento é o centro gravitacional de toda a sua doutrina. Porque o homem é criminoso? Quais os fatores que o levam a ser criminoso? Como se pode desvendar esses fatores? Só a partir da obra de Lombroso, em 1876, sob o título O Homem Delinquente, é que as respostas passaram a ser dadas, e só a partir dessa obra é que se pode considerar a existência tanto da Criminologia como da Escola Positiva. (DIAS; ANDRADE, 1997, p. 10-11)

Segundo a teoria da Escola Positiva o delinquente é visto como tóxico ao convívio social e sem efetivo controle sobre sua natureza (RABUFFETTI, 1999), ao passo que “o fundamento do direito de punir passa a se apoiar na defesa social” (DIAS, 2020, p.1), sendo plausível a aferição da pena conforme a periculosidade do agente e não necessariamente a gravidade do fato. A punição se torna uma forma de neutralizar e segregar o delinquente (DIAS, 2020). Segundo Dias (2020), em oposição à Escola Clássica que lhe precede, a Escola Positiva:

Privilegia os sujeitos em face do sistema objetivo de delitos e penas; leva em conta as diferenças antropológicas, a despeito da suposta igualdade jurídica, destaca a Política Criminal em face do Direito Penal; tem como fundamento a defesa social e não a liberdade do indivíduo. (DIAS, 2020, p. 2)

Posteriormente, a Escola Positiva e seu estudo sobre o homem delinquente, surge a Escola Crítica, subdividida em duas vertentes. De um lado, existem as teorias da integração, conhecidas também como teorias do consenso; de outro, as teorias do conflito social, no qual se insere a teoria do *Labelling Approach* ou do etiquetamento.

Proposta por integrantes da Nova Escola de Chicago, como Erving Goffman e Howard Becker, e datando do final da década de 1950, a teoria do *Labelling Approach* é pensada com a observação de novas formas de conflito social, como visto nos Estados Unidos, que se vê imerso com maior engajamento de grupos com pautas combativas, como o fim da discriminação sexual, a igualdade racial e reivindicações de respeito aos direitos civis (SILVA, 2015). Esses comportamentos, tidos como diferentes do esperado, fora de um padrão social de normalidade, são considerados como desviantes. Dessa forma, como bem assevera Silva, (2015) “o desvio e a criminalidade passam a ser considerados uma etiqueta, um rótulo, atribuídos a certos indivíduos por meio de complexos processos de interação social, e não mais uma qualidade particular, intrínseca da conduta individual” (SILVA, 2015, p. 2).

Como uma teoria crítica ao paradigma etiológico que analisava as características individuais do delinquente, o *Labelling Approach* tem por objeto a análise do sistema penal e o controle social, verificando situações em que um indivíduo possa ser apontado como desviante (SILVA, 2015). Crime e criminalidade são, portanto, construções da estrutura social, atribuídas a indivíduos através de processos de interação, deixando de ser uma qualidade essencial do indivíduo e de seu comportamento. Sintetizando, Baratta (2014) esclarece que:

A criminologia ao longo dos séculos tenta estudar a criminalidade não como um dado ontológico pré-constituído, mas como realidade social construída pelo sistema de justiça criminal através de definições e da reação social, o criminoso então não seria um indivíduo ontologicamente diferente, mas um status social atribuído a certos sujeitos selecionados pelo sistema penal e pela sociedade que classifica a conduta de tal indivíduo como se devesse ser assistida por esse sistema. Os conceitos desse paradigma marcam a linguagem da criminologia contemporânea: o comportamento criminoso como comportamento rotulado como criminoso. (BARATTA, 2014, p. 11)

Segundo essa teoria, o crime não possuiria consistência em si mesmo, existindo por processos de reação social, essencialmente discriminatórios e arbitrários, mediante a “reação por parte do restante da sociedade não etiquetada e que ocasiona a seleção desse grupo rotulado, ou etiquetado” (GUERRA, 2021, p. 77). Portanto, a definição do crime e da criminalidade parte da análise do comportamento de grupos e indivíduos tido como desviantes, sob o ponto de vista do comportamento desejado e aceitável por determinados grupos sociais, conforme a condição do delinquente, da vítima e

das consequências da conduta. Efetivamente, cria-se a definição do que é um comportamento desviante e o rótulo de marginais aos transgressores.

Ocorre que nem todo comportamento desviante é criminoso, pois não é apenas a criminalização que estabelece comportamentos desviantes. O controle social informal não determina comportamentos criminosos. Essa forma de controle acontece na própria formação de grupos e sociedades, está presente no seio familiar, no trabalho, na religião e se dedica ao controle preventivo. Também se faz presente na educação das pessoas inseridas naquela comunidade, sobretudo em menores dimensões, com maiores laços fraternos. Sheicara (2004) corrobora afirmado que:

Aquele que viola alguma regra em vigor pode ser interpretado como uma pessoa não confiável para a vivência em um grupo e que pode alcançar um traficante de drogas ou alguém que bebeu em excesso em uma festa e que se porta de maneira inconveniente. (SHEICARA, 2004, p. 292)

Segundo Becker (2008), essas regras são produzidas por padrões definidos pelas relações sociais e demarcam modos de comportamento que são impostos aos indivíduos. A inobservância dos comportamentos definidos como certos ou aos padrões delineados gera uma reação do grupo, que passa a ver o sujeito como um *outsider*.

Para Rudnicki (2014), a criminologia pode ser considerada um ramo do direito penal, o qual se encontra sob o domínio dos juristas, por esse motivo, ela é conservadora tal como os juristas. A criminologia radical efetuou o cumprimento do seu papel, cabendo aos juristas dar sequência aos atos rumo a novos passos. Para que as áreas possam conversar entre si facilitando o entendimento da legislação. A necessidade de se abrir espaço entre as várias disciplinas do direito se faz de forma urgente.

No que tange às dimensões da violência, o crime é uma dimensão criada, assim, as várias faces e tentáculos da violência se alastram, pois “não existe espaço para inter ou transdisciplinaridade no Direito. Há de se superar, portanto, essa limitação. O crime é apenas uma dimensão da violência; dimensão positivada, criada” (RUDNICKI, 2014, p. 99).

2.2 O CONTROLE E A DESORGANIZAÇÃO SOCIAL

Com o crescimento das cidades, o controle social informal é enfraquecido, deixa de ter um poder de conformação dos comportamentos esperados, com o enfraquecimento dos laços de proximidade entre as pessoas inseridas naquele meio. Nas palavras de Penteado-Filho (2012):

A ruptura do grupo primário enfraquece o sistema, causando aumento da criminalidade nas grandes cidades. No mesmo sentido, a ausência completa do estado (não há delegacias, escolas, hospitais, creches etc.) cria uma sensação de anomia e insegurança, potencializando o surgimento de bandos armados, matadores de aluguel que se intitulam mantenedores da ordem. (PENTEADO-FILHO, 2012, p. 86)

Essa forma de controle é essencial, pois além de ter um caráter preventivo quanto à criminalidade, possui maior efetividade. A ameaça de sanção estatal não substitui a coesão social, o sentimento comunitário e de pertencimento do indivíduo ao longo de seu desenvolvimento, e, portanto, não reflete na redução de índices de criminalidade da mesma forma que a inserção em uma comunidade com vínculos fortes e saudáveis.

Em face do exposto, Silva (2017) aponta que a cidade de Chicago, em 1900, experimentou um significativo aumento populacional, com metade de sua população composta por imigrantes estrangeiros. Esse aumento desordenado da população enfraquece a criação de vínculos, seja em virtude da mobilidade social presente nas favelas, seja pela dificuldade de interação pela falta de domínio do idioma ou outros fatores de desorganização.

É indubitável que os imigrantes não possuem qualquer vínculo com o local em que se alojam, não possuindo parentesco, relação com a religião, amigos etc., tais fatos, naturalmente, levarão aos imigrantes a viverem de forma isolada, no anonimato. Logo, o anonimato conduz, evidentemente, a uma maior liberdade quanto à postura pessoal do imigrante, eliminando o freio que poderia ser exercido pela comunidade que vive em seu entorno, ou seja, esse morador tem uma postura de impessoalidade, sem que tenha qualquer envolvimento com as pessoas, onde, ao final, terá uma clara consequência no tocante à criminalidade. (SILVA, 2017, p. 4)

Para a Escola de Chicago, o crime é causado pela desorganização social justamente pelo enfraquecimento ou falência do controle informal, agravado pela falta de políticas

públicas das populações mais vulneráveis e a degradação urbana. Tratando da desorganização social, Horton e Hunt (1988) a designam como uma desordem da chamada cultura existente pela viabilidade de uma mudança social, plenamente evidenciada por uma falha íncita dos tradicionais controles sociais, distorcendo os papéis, códigos morais discrepantes e o pensamento confiante do declínio notável das instituições.

A turbulenta e constante busca pela vivência harmoniosa, demonstrada pelo desejo frequente do equilíbrio do convívio, sem fechar os olhos para as imensas desigualdades sociais, advém a mediocridade de se ignorar o óbvio que passa simplesmente desprovido da menção de demandar melhoria contínua. A falência dos costumes, da família e das relações, demonstra a grande necessidade de reestruturação e readequação do sistema para uma atuação não somente punitiva, e sim preventiva, de manutenção da ordem expressa na importância do convívio harmonioso e equilibrado, buscando uma estabilização de tal inquietude, com o objetivo de alcançar a normalidade. Considerando a perspectiva funcionalista, Horton e Hunt (1988, p. 17) explicitam que:

En esta perspectiva la sociedade se considera como una red de grupos que cooperan y operan em forma sumamente ordenada, de acuerdo con una serie de reglas y valores compartidos por la mayoría de los miembros. Lá sociedade se concilia como um sistema estable con tendència a mantener un sistema operativo harmonioso y equilibrado. (HORTON; HUNT, 1988, p. 17)

A sociedade é um emaranhado de grupos, composto por cidadãos que cooperam e operam de forma concatenada, seguindo regras e valores compreendidos e utilizados por aqueles que dela fazem parte. De fato, pressupõe-se que a sociedade necessita se conciliar como um sistema estável, no intuito de preservá-lo como eficaz, imbuído de harmonia e equilíbrio. Notoriamente, o caminhar das sociedades se espelha nos reflexos das vivências cotidianas, refletindo a sua trajetória na vida de seus membros.

As experiências assimiladas pelos atores envolvidos no processo de vivência, demonstram a aplicabilidade prática no meio que habitam, a utilização de suas expertises assimiladas no convívio. Extenuante seria pensar que exista uma finitude nesse aprendizado contínuo, a vivência permite a consolidação dos valores e a aplicabilidade deles nas ações. Ao discutir a criminalidade e a origem das ações que

levaram ao ato criminoso em si, observa-se que o estigma de reflexos impensados e momentâneos leva a atitudes insanas, violentas, demonstrando a perda da razão, deixando vencer a emoção do momento, sobreposta pela raiva e intolerância.

Surgem consequências dos atos impensados, com um desenrolar angustiante e degradante, em um contexto de impossibilidade de retorno ao viés da normalidade. O meio em que se habita pode auxiliar no contexto de formação de vivência, mas não se compreende que isoladamente seja o único responsável pelas possibilidades de formação e opções de compreensão que moldam um cidadão. Não necessariamente significa que seja um produto do meio em si, mas de que forma ele pode influenciar no desenhar do futuro da sociedade.

Essas ações impensadas refletem na vida de todos, do autor do crime, da vítima e da família de ambos, conflitando um misto de transtornos e adequações de vivência, consolidada a sentimentos inóspitos que levam à esta questão: em que momento o caos se instalou e tudo desmoronou, impactando vidas dos sujeitos envolvidos de forma direta e indireta? Pura consequência das ações impensadas e irracionais. Há a necessidade de punição e reparação dos atos, não obstante se imaginar que a normalidade irá pairar nesse contexto.

Tudo se altera e se sobrepõe as expectativas, o futuro para e se exercita pelas famílias envolvidas no contexto um paradoxo de resolutividade de rotinas alteradas drasticamente pelo desdobramento do crime causado. O luto do momento em si, a indignação e a simples menção, o que de fato levou ao acontecimento do ato. A tolerância se demonstra fundamental frente ao exercício da empatia em uma busca frenética de evitar os conflitos e devaneios momentâneos de consequências gritantes. De fato, o que tal reflexão aporta em relação à criminalidade? Ela remete à origem, a questão causal do ato e a importância de pensar o contexto de pertencimento e convívio em todos os ângulos, esboçado nas relações pré-estabelecidas na família, no trabalho, na sociedade e todo contexto relacionado ao controle.

Destacam Chai et al. (2016) em se tratando de pertencimento, que os processos educacionais necessitam efetuar a promoção da tolerância, primando pelo aprendizado da abertura do espírito, escuta mútua e solidariedade. Isso tudo como

forma de fortalecer o sentimento de dignidade e pertencimento, mas sobretudo o reconhecimento.

Quando o controle informal se mostra insuficiente é que se tem o controle formal, caracterizado como um controle essencialmente coercitivo, mediante ameaça de sanção estatal para aqueles que desrespeitem os comportamentos ali desenhados. Pela própria natureza, pode-se afirmar que essa forma de controle é subsidiária, ilustrada com um paralelo basilar com o princípio de que o direito penal deve ser sempre a *ultima ratio*, atuando apenas nas violações mais severas aos bens jurídicos tidos como mais relevantes.

Para a instrumentalização dessa forma de controle, observa-se a atuação do sistema de justiça. Ministério Público, Polícia, Poder Judiciário, Administração Penitenciária, dentre outros, são atores que atuam na realidade do controle social formal. A forma de atuação e a interação entre as instituições é objeto de estudo da Criminologia, por se tratar da expressão da realidade desse controle para além do direito penal (CRUZ, 2018). O controle social formal tem características discriminatórias e seletivas (GUERRA, 2021), fruto de um processo muito menos democrático. Para Penteado-Filho (2012):

O controle social formal é seletivo e discriminatório, pois o status prima sobre o merecimento, mas também é estigmatizante, por que acaba por desenvolver carreiras criminais e desvios secundários. O controle social jurídico-penal fixa por escrito e publicamente, com todas as minúcias possíveis (*lex certa et scripta*) e antes do fato (anterioridade), qual comportamento se entende por desviado, qual penalidade cabível, qual a forma de sua imposição (*due process of law*) e por meio dos quais e por meio de quais autoridades (Polícia e Judiciário). (PENTEADO-FILHO, 2012, p.186-187)

Também é certo que o controle formal não atinge todas as condutas desviantes, havendo uma parcela das condutas criminosas que não são punidas e outra que sequer chega ao conhecimento dos órgãos de controle, a chamada 'cifra negra'. Essa desigualdade na aplicação da sanção pelo controle formal aliada a forma como são escolhidas/atribuídas as condutas desviantes, ilustram um caráter seletivo e discriminatório do sistema. Isso demonstra que para teoria do *Labelling Approach* as instâncias de controle definem quem e o que será punido, definindo o que é o crime e a criminalidade. Zaffaroni (1991) esclarece que “estes estereótipos permitem a

catalogação dos criminosos que combinam com a imagem que corresponde à descrição fabricada, deixando de fora outros tipos de delinquentes” (ZAFFARONI, 1991, p. 30), exemplificando como: delinquência de colarinho branco, dourada, de trânsito, etc. Essa atribuição ou etiquetamento tem efeitos práticos significativos.

O processo de etiquetamento, em que se atribui a um determinado sujeito a qualidade de criminoso, dificulta sua reabilitação e a possibilidade de alteração efetiva dessa condição, pois afeta tanto a aceitação pelo meio social quanto sua própria percepção de si. Essa última, fruto do impacto que sua publicidade lhe causa como pessoa, internalizando-a como se de fato fosse uma qualidade que lhe pertencesse (GRECO, 2016). Tal técnica é chamada de mergulho no papel desviado [*role engulfment*] tratado por Shecaira (2004).

De maneira bastante cruel, pode ser dito que, à medida que o mergulho no papel desviado cresce, há uma tendência para que o autor do delito defina-se como os outros o definem. A personalidade do agente se referenciará no papel desviado ainda que ele se defina como não desviado. As dificuldades são ainda mais pronunciadas quando o agente, embora negue o papel desviado, é, cada vez, identificado por terceiros pela conduta classificada como desviada. Surgirá uma espécie de subcultura delinvente facilitadora da imersão do agente em um processo espiral que traga o desviante cada vez mais para a reincidência. (SHECAIRA, 2004, p. 298)

Após a atribuição do rótulo, o sujeito tende a personificar esse estigma que lhe é imposto, enfrentando um contexto social que espera dele novo comportamento criminoso, espera-se de um ladrão que furete ou roube, de um assassino que mate alguém, e assim sucessivamente. Segundo Alves e Jesus (2022) “a linguagem é capaz de imprimir um estigma a qualquer sujeito diferente daquele, delimitando também a imagem que ele terá de si mesmo como normal” (ALVES; JESUS, 2022, p. 4). Ainda que tente escapar desse círculo, a sua inserção dentro de uma categoria de criminosos fomentará sua permanência através das relações pelas quais será exposto, como sintetizado por Baratta (2014).

Na verdade, esses resultados mostram que a intervenção do sistema penal, especialmente as penas detentivas, antes de terem um efeito reeducativo sobre o delinvente determinam, na maioria dos casos, uma consolidação da identidade desviante do condenado e o ingresso em uma verdadeira e própria carreira criminosa. (BARATTA, 2014, p. 90-91)

A superação do estigma de desviante não é uma preocupação real dos agentes presentes no sistema de controle formal, permitindo uma realimentação da

criminalidade. Curiosamente, a definição dos crimes alimenta a criminalidade, na medida em que segrega os tidos como criminosos, limitando-os a essa qualidade e reforçando a marginalização.

A prisão e a inserção da pessoa no submundo dos presídios confirmam, inclusive internamente, a pecha atribuída aquele sujeito como desviante, marginal, mantendo-o afastado da comunidade e fomentando a sua reincidência. Autores do tema levantam questionamentos sobre a função que as prisões então teriam na sociedade. Se as prisões não se prestam a ressocializar, por que “não se pode ressocializar alguém que nunca foi socializado e alguém que está sendo excluído pelos muros da prisão” (SILVA, 2015, p. 8), ou seja, a exclusão é anterior à prisão. A socialização não ocorreu efetivamente e o controle informal não preparou esse indivíduo para a vida comum.

Dias e Amaral (2019) relatam a relevância de se contestar conceitualmente os rumos produzidos na trajetória humana, questionando ao mesmo tempo o verdadeiro papel do sistema penal em contraponto com a carência exacerbada da sociedade e os danos sociais produzidos pelo sistema. Enfatizam ainda que:

Com fulcro nesta articulação de pressão que impõe a autorreflexão da própria criminologia (mudança epistemológica) e seu papel como instrumento de ocultação de danos sociais massivos é que se intercalam aqui as perspectivas criminológico-críticas e de sustentabilidade social, a fim de analisar a situação do uso da violência e do crescimento do Estado de Polícia contemporâneo. (DIAS; AMARAL, 2019, p. 216-217)

Diante disso, consideram que o aumento da via punitiva estatal guarda vínculos com aspectos econômicos e políticos, e que tais fatos acabam desviados para ingerências na seara da segurança e combate à criminalidade. Desta forma, isto legitima não apenas o incremento do sistema penal, como também igualmente a legitimação da postura violenta dos agentes do controle social. Então,

Apresentam-se um conjunto de ações articuladas que legitimam e legalizam a violência policial no país, a fim de que essa seja a principal ferramenta de controle a ser utilizada pelo Estado de Polícia, que cresce em detrimento do Estado de Direito. (DIAS; AMARAL, 2019, p. 217)

As pautas de comportamento surgem para satisfazer necessidades da sociedade e deixam de existir quando elas mudam. A troca social rompe o equilíbrio estável da

sociedade e aos poucos se obtém um novo equilíbrio. Tratando da ordem social, destacam-se as teorias funcionalista e do conflito. Enquanto a teoria funcionalista se ocupa de discutir um produto inconsciente das pessoas por organizar produtivamente, ou, sistematizar suas atividades, a teoria do conflito se produz e mantém pela coerção organizada pelas classes dominantes (HORTON; HUNT, 1988).

A formação de vínculos sociais fortes e a identificação do sujeito com a comunidade em que se insere se torna vital, fora de processos de exclusão. Não se trata de excluir a pena restritiva de liberdade, mas a aplicação de alternativas, reduzindo a medida mais drástica a um caráter excepcional, não de regra, e atribuir à pena um caráter efetivamente ressocializador, sem estigmatizar aqueles sobre quem incide.

2.3 SELEÇÃO DE BENS JURÍDICOS

O *Labelling Approach* trata do fenômeno do etiquetamento dos indivíduos, suas consequências e a relação com a criminalidade, sobretudo quando se fala dos processos formais de controle. Pode-se aferir que ele deve se nortear por processos abertos e democráticos. De fato, a seleção sobre quais condutas deve recair o controle formal, as quais o direito penal irá se debruçar, são analisados pela criminologia, mas se constituem como um problema central para o direito penal e para a teoria do direito.

O processo de criminalização de condutas se inicia, por excelência, pelos debates levados ao parlamento, ambiente com maior potencial democrático para a construção de discursos e difusão de ideias e projetos. Ocorre que, ainda que composto, em regra, por representantes eleitos, como no caso do Brasil, o legislador não deve criminalizar uma conduta apenas porque ela o desagrade, sob pena de deslegitimar o processo.

Ademais, ainda que com respaldo de parcela da sociedade, a definição dos crimes carece de “uma legitimação diferente da simples discricionariedade do legislador” (ROXIN, 2018, p. 11). O projeto de direito penal da Alemanha no pós-guerra pretendia

que o direito penal tutelasse apenas os bens jurídicos. Ainda que esse projeto não tenha sido adotado, a teoria do bem jurídico adquiriu tração nas reformas que se seguiram. A exemplo disso, trata da alteração do capítulo dos crimes sexuais do código alemão, que deixou de tratar de crimes contra a moralidade para falar sobre “fatos puníveis contra a autodeterminação sexual” (ROXIM, 2018, p. 13).

A moralidade já não é protegida jurídico-penalmente porque não é um bem jurídico, de maneira que, por exemplo, a homossexualidade entre adultos (então tida como imoral), a troca de casais, os atos sexuais com animais e outros atentados contra a moral foram, de forma consequente, dispensados de pena. (ROXIM, 2018, p. 13)

Contudo, isso não esclarece o que são os bens jurídicos, muito menos como são escolhidos aqueles que merecem a tutela do direito penal. A ideia de que “a ameaça punitiva deve ser a evitação das lesões ao bem jurídico” (ROXIN, 2018, p.14) é passível de críticas, afinal, não esclarece o que delimita o conceito de bem jurídico para que possa efetivamente orientar a incidência do direito penal.

Para tanto, uma proibição de um comportamento sob ameaça punitiva, mas que não seja fundada em um conceito como o de bem jurídico, corresponderia a arbítrio estatal, por isso careceria de legitimidade que lhe desse sentido e uma razão ponderável. As limitações inerentes a uma definição do que pode constituir um bem jurídico e, porque, não justificam a eliminação da ideia, que limita e racionaliza o direito de punir do Estado. Ao investigar o conceito de Roxin (2018) defende que:

As fronteiras da autorização de intervenção jurídico penal devem resultar de uma função social do direito penal. O que está além desta função não deve ser logicamente objeto do Direito Penal. A função do Direito Penal consiste em garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando estas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais que afetem em menor medida a liberdade dos cidadãos. (ROXIN, 2018, p. 16)

Essa concepção se coaduna com a de Ferrajoli (2014) abordada no capítulo anterior. Deve-se considerar a racionalidade do pensamento iluminista, no qual a ideia de bem jurídico é condizente e a relação da razão com o direito penal na teoria do garantismo penal, em especial, as razões no direito penal ou a razão em sentido epistemológico, entendido como um critério de máxima racionalidade. Como visto, a racionalidade não se limita à decisão judicial, mas também ao trabalho legislativo, que apesar de ter um

caráter político, não se exime do dever de minimizar inseguranças e restringir a limitação das liberdades dos cidadãos.

Em um Estado democrático de Direito, como o brasileiro, normas jurídico-penais devem se limitar a garantir uma coexistência pacífica de seus cidadãos com o máximo de liberdades. Logicamente, as limitações impostas não são apenas as de primeira ordem, por exemplo, vida, integridade física e liberdade de locomoção. De acordo com Roxin (2018) devem abranger também as estruturas e instituições necessárias para essa finalidade, como uma administração da justiça eficiente, órgãos de controle da atividade estatal, políticas monetárias, entre outros. Todos esses objetos seriam, para ele, legítimos bens jurídicos, mas ressalta que essa proteção deve ser alvo do direito penal apenas quando não for possível fazê-lo de uma forma melhor, por outros instrumentos.

Os bens jurídicos não são necessariamente corpóreos. A capacidade de efetivamente dispor da coisa que se é proprietário é um bem jurídico, mas essa capacidade não se confunde com a coisa em si. Os bens jurídicos abarcam uma multitude de possibilidades, e aqui se incluem os direitos fundamentais e os direitos humanos, bem como as utilidades necessárias ao convívio social pacífico e produtivo. Em uma síntese dessa construção Roxin (2018) esclarece que:

[...] podem-se definir os bens jurídicos como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos. A diferenciação entre realidades e finalidades indica aqui que os bens jurídicos não necessariamente são fixados ao legislador com anterioridade, como é o caso, por exemplo, da vida humana, mas que eles também possam ser criados por ele, como é o caso das pretensões no âmbito tributário. (ROXIN, 2018, p.18)

Perante tal prisma, os bens jurídicos são expansivos com a complexidade das sociedades. No mundo contemporâneo, o reconhecimento como bem jurídico da vida e da liberdade de locomoção não emprestam a esses bens instrumentos suficientes para sua proteção. O Estado, para proteger o citado bem jurídico, carece de uma administração de justiça eficiente, de mecanismos para que as violações sejam checadas, corrigidas e eventualmente punidas; para tanto, é necessário, recursos para financiamento desses instrumentos, assim, o sistema tributário de um Estado é um bem jurídico em si.

Estabelecido que os bens jurídicos podem preexistir à decisão legislativa, assim como podem ser por ela criados, põe-se a questão dos limites do legislador, especialmente quando se fala da punição à violação desses bens. Roxin (2018) defende que esse é um conceito de bem jurídico liberal e crítico com a legislação, e que através dele seria possível avaliar a atuação legislativa de uma determinada sociedade. Ele destaca que dentre os aspectos mais importantes, estão a impossibilidade de criminalização motivada exclusivamente por ideologias ou atentatórias aos direitos humanos, como a criminalização de posições críticas ao governo ou a segregação de pessoas por raça, cor, crença, e outros aspectos da vida humana. Estas situações exemplificam casos de bens jurídicos preexistentes e vinculantes ao legislador, mas não são exaustivos.

É fundamental compreender que a simples análise do objeto do texto legislativo não fundamenta o bem jurídico. Repetir que o bem jurídico protegido por determinada norma é a saúde pública ou o patrimônio não guarda em si o valor fundante que legitima essa proposição, porque essa atuação estatal “diminui a coexistência livre e pacífica dos homens. Quando através do controle estatal se impedem abusos, se deve responder a isto negativamente” (ROXIN, 2018, p. 21).

Na mesma linha da doutrina garantista, essa acepção de bem jurídico rechaça a criminalização baseada em critérios morais, por não haver bem jurídico protegido ou legitimação para essa limitação para com a liberdade dos cidadãos. Da mesma forma, deve-se rechaçar um direito penal simbólico e de ocasião, visando, em regra, atender os interesses eleitorais.

Andrade (2015), ao analisar a estrutura organizacional dos sistemas penais modernos, parte do *Labelling approach* e do paradigma da reação social para constatar que o sistema de justiça penal se presta ao cumprimento excessivo de uma função instrumental latente e oposta à declarada (instrumentalidade de eficácia invertida) e de uma função simbólica confirmadora desta declaração de eficácia simbólica, não obstante seu déficit empírico.

Sua tese central é a de que a criminalidade e a reprovação não são qualidades inseparáveis da conduta ou uma entidade ontológica pré-constituída à reação, mas

uma qualidade, ou seja, uma etiqueta atribuída a determinadas pessoas por meio dos processos de interação social, isto é, de processos formais e informais de definição e seleção.

Sendo conduta, não é criminal em si (qualidade negativa ou nocividade inerente), nem seu autor um criminoso por concretos traços de sua personalidade ou influências de seu meio ambiente. A criminalidade se revela, principalmente, como um status atribuído a determinados indivíduos mediante um duplo processo: a "definição" legal de crime, que atribui à conduta o caráter criminal, e a "seleção" que etiqueta e estigmatiza um autor como criminoso entre todos aqueles que praticam tais condutas. Ao afirmar que a criminalidade não tem natureza ontológica, mas social e definitorial e acentuar o papel constitutivo do controle social na sua construção seletiva, o labelling desloca o interesse cognoscitivo e a investigação das "causas" do crime e, pois, da pessoa do autor seu meio e mesmo do fato-crime, para a reação social da conduta desviada, em especial para o sistema penal. (ANDRADE, 2003, p. 40).

Para Baratta (2014), tal etiqueta é atribuída a determinados indivíduos mediante uma dupla seleção. Primeiramente, por meio da seleção dos bens protegidos penalmente, e dos comportamentos ofensivos contra esses bens, nos tipos penais; e, em segundo lugar, a seleção dos indivíduos estigmatizados entre as pessoas que realizam infrações às normas penalmente sancionadas.

Destaca-se a importância de refletir sobre a estigmatização de sujeitos por meio da linguagem utilizada pelo juiz em processos judiciais. Alves e Jesus (2022) acrescentam que quanto ao pensamento supra "a fugir um pouco das discussões levantadas pelos teóricos do *labelling approach* e da criminologia crítica, que partem a estudar a questão da seletividade penal e, de certo modo, permeiam a discussão da estigmatização de grupos vulneráveis" (ALVES; JESUS, 2022, p. 5). Para chegar a esta hipótese, eles efetuaram uma análise dos processos judiciais. Relatando sobre a estigmatização de sujeitos, pensam que:

Outra característica intrigante, apontada pela pesquisa de jurisprudência realizada, diz respeito à quase exclusividade de tal discurso estigmatizante majoritariamente nas questões criminais, justamente as que mais facilmente destituem os sujeitos de sua dignidade, indispensável para manter o status de cidadão que precisa existir em uma sociedade fraterna, reforçando os moldes de uma sociedade punitivista na contemporaneidade em práticas, mentalidades e discursos. (ALVES; JESUS, 2011, p. 773)

Destaca-se ainda a importância do respeito:

Importa, pois, fazer cumprir o direito ao respeito, expressão primeira dos direitos de fraternidade, certos de que a representação do sujeito moderno dirá a sua posição na garantia dos demais direitos, afinal, restou comprovado, que o juiz não dará direito a quem ele, preconcebidamente, considera ser vagabundo ou a quem atribua outra desvalorização, quanto menos o enxergará como sujeito de direitos. (ALVES; JESUS, 2022, p. 774)

Finalizando a abordagem com enfoque no uso adequado da linguagem correlacionada ao respeito, tratando o indivíduo como um cidadão como exemplo da aplicabilidade do conceito da palavra valor em seu conceito mais intrínseco, “o uso da linguagem que respeita e não coisifica o indivíduo, indubitavelmente, denota o compromisso com os valores de proteção a pessoa humana que a Constituição e o plano internacional apregoam e, que no mundo real, afigura-se como urgente e necessária” (ALVES; JESUS, 2022, p. 774).

O conceito de bem jurídico apresentado pretende limitar e racionalizar a atuação estatal sobre as liberdades desde o estabelecimento de políticas criminais até a efetiva punição das condutas estipuladas. Como um processo de construção social e com pretensões democráticas, a proteção de bens jurídicos através da proibição de condutas merece uma devida análise para que não se limite às liberdades sem que seja claro o benefício utilizado na estabilidade das relações sociais.

2.4 SELETIVIDADE E PROTEÇÃO DE BENS JURÍDICOS NA TRADIÇÃO JURÍDICO PENAL BRASILEIRA

A escolha da criminalização de condutas, assim como o processo crítico da análise dessas escolhas permite uma visão do que determinada sociedade valoriza e pretende proteger ou mesmo segregar. As escolhas, ainda que efetivas, não necessariamente se mostram legítimas.

Analisando a proposição de Roxin (2018) sobre limitações ao legislador na criminalização de condutas, como aspecto de legitimidade da intervenção estatal e a teoria do *labelling approach*, tendo a criminalidade como produto do etiquetamento das condutas, pode-se perquirir o que determinada sociedade produz de criminalidade, através da proibição dos comportamentos, e se essa construção é legítima sob um critério de racionalidade e maximização de liberdades, que se encaixa na proposição garantista de Ferrajoli. Há dentro da produção normativa penal, uma seleção legítima ou ilegítima das condutas a serem combatidas e, em seguida, uma seleção daquelas que serão efetivamente punidas.

Para as lentes da criminologia crítica, a pretensão de igualdade encobre o fato de que o direito penal tende a privilegiar os interesses das classes dominantes e ignora comportamentos socialmente danosos típicos dos indivíduos a elas pertencentes, bem como, aquelas acumulações capitalistas que, de outra forma, orientam o processo de criminalização, principalmente, para formas de desvio típicas das classes subalternas. Isto ocorre não somente com a escolha dos tipos de comportamentos descritos na lei e com a intensidade da ameaça penal que comumente está em dissonância com a danosidade social dos comportamentos, mas com a própria formulação dos tipos penais. Ao se dirigirem aos comportamentos típicos dos indivíduos pertencentes às classes subalternas, formam uma rede muito fina, de modo distinto com relação aos tipos que têm por objeto a criminalidade econômica e outras formas de criminalidade típica dos indivíduos pertencentes às classes de poder (BARATTA, 2014).

No Brasil, a escravidão se apresenta como o elemento histórico mais evidente para a análise do contexto político e social em que se constrói o que chama de tradição jurídico-penal brasileira. Para tanto, a relação entre escravidão, estamento e patrimonialismo, demonstrando a seleção das condutas e o criminoso. O regime escravocrata compõe a maior parte da história do Brasil, entendida a partir do começo da ocupação, por falta de um termo melhor, pelos portugueses. Desde as grandes lavouras de cana-de-açúcar até o deslocamento da mão de obra para as plantações de café no início do século XIX, a economia e a sociedade brasileira se basearam em um sistema de exploração e exclusão formalmente reconhecido (SALES, 2021).

O Brasil tem pouco mais de um século sem que a escravidão seja admitida no ordenamento pátrio e essa longeva exploração e bestialização do homem, em especial os negros, deixou profundas marcas na organização social (CARVALHO, 2019). Tratados como mercadorias, vendidos, justicados ou estuprados, toda sorte de atrocidade era tratada com naturalidade e distanciamento aos negros, como na emblemática passagem de Moura (1989).

O justicamento de escravos era na maioria das vezes feito na própria fazenda pelo seu senhor, havendo casos de negros enterrados vivos, jogados em caldeirões de água ou azeite fervendo, castrados, deformados além de castigos corriqueiros, como os aplicados com a palmatória, o açoite, o vira-mundo, os anjinhos. (MOURA, 1989, p. 18)

Nesse sentido, verifica-se que a crueldade de tratamento e o distanciamento estabelecido entre categorias de pessoas permeiam a construção da sociedade brasileira. A tardia abolição, iniciada com a 'Lei Eusébio de Queiroz', em 1850, proibia o tráfico negreiro no Brasil, todavia, continuou na clandestinidade. Ela foi seguida pela Lei n. 2.040 de 1871, Lei do Ventre Livre, pela Lei n. 3.270 de 1885, Lei do Sexagenário, e finalmente pela Lei n. 3.353 de 1888, a Lei Áurea, que formalmente aboliu a escravidão no Brasil, demonstram a resistência de uma sociedade estamental, patrimonialista e desigual em reconhecer no outro um sujeito de direitos.

Resistida, controversa e tardia, a abolição da escravidão não foi acompanhada de qualquer política de inserção social dos recém-libertos. Esse descaso ilustra que liberdade não significa emancipação ou integração. Aliados de suas raízes, família e jogados à marginalidade, os libertos se mantiveram distantes do homem branco no espectro social, econômico e cultural, deliberadamente excluídos e marginalizados. Oliveira-Filho (2016), em apontamento de notável sensibilidade, afirma:

Os guetos e periferias eram novas senzalas onde o ainda estigmatizado "negro conceitual", socialmente tido como animal recém emancipado dos campos de concentração, amontoavam-se sedentos de todas as necessidades, vendo-se às voltas em uma sociedade que continuava a excluí-los e na qual pareciam não participar, pelo menos como humanos. Naquele bioma distinto, às vezes vivendo em periferias, as vezes ainda reclusos em quilombos, viviam em uma outra realidade social, exprimindo ainda a desconfiança dos homens brancos ocidentais, nos cidadãos sociais inseridos. Era a continuação da estigmatização na manutenção do binário maniqueísmo dos "nós" e "eles" entre os seres dignos e indignos da humanidade. (OLIVEIRA-FILHO, 2016, p. 60)

A ausência de reconhecimento do ponto de vista social e a marginalização econômica e cultural permitiram o reforço de uma perspectiva colonial de que o negro era bestial, que poderia facilmente roubar, estuprar, matar, violar a ordem social harmônica do homem branco civilizado. Reforça Oliveira-Filho (2016) que “a escravidão foi a base a partir da qual se fundou uma civilização [...]. E ao fazê-lo, viabilizou um projeto excludente, em que o objetivo das elites é manter a diferença com relação ao restante da população” (OLIVEIRA-FILHO, 2016, p. 64).

As atrocidades das classes dominantes e escravocratas para com os dominados ficam convenientemente eclipsadas pela construção de uma consciência social que diferencia e isola o outro. O medo do outro é parte integrante da construção da identidade do criminoso e da necessidade de sua neutralização. O controle social da massa de escravos libertos e miseráveis segue um pensamento estigmatizante e uma percepção falaciosa de que o preto e o periférico são os que mais trazem riscos à sociedade, etiqueta-se o grupo como delinquente, reforçando sua exclusão.

Nesse enfoque se alcança uma compreensão suficiente da clientela da prática do sistema de justiça penal e processual penal em terras brasileiras, para trabalhar sua influência na seletividade da prática do sistema de justiça brasileiro, passando pelo rigor no combate à criminalidade pobre e o reforço à exclusão social. Aspectos importantes da resistência à doutrina garantista de Ferrajoli (2014) no Brasil.

2.5 O ESTADO PENAL E O PENSAMENTO DE WACQUANT

Influenciado por Pierre Bourdieu, Wacquant critica a dominação tanto em sentido marxista quanto kantiano. Nascido em 1960, Loïc Wacquant é professor da Universidade da Califórnia, em *Berkeley*, pesquisador do *Centree Europeen de Sociologie et de Science Politique* de Paris e dedicou-se em vários de seus trabalhos a entender a ascensão de um estado penal norte-americano na passagem das

décadas de 1970 para de 1980, juntamente com a retração do estado social, apontando que este movimento está ligado ao avanço do neoliberalismo.

Esse modelo indicado por Wacquant se refere a um Estado em que há o endurecimento das atuações policiais, legais e penitenciárias, fundado em políticas de criminalização da pobreza em que o sistema prisional detém protagonismo como instrumento para gestão da miséria. A escolha por restringir a liberdade, portanto, foi o meio de impor o cumprimento fiel do trabalho pelos camponeses a fim de controlar o “exército de reserva dos trabalhadores e da precificação da mão de obra, como dispositivo de adestramento da força de trabalho” (ROSA et al., 2017, p. 207), as prisões serviriam como um braço disciplinar das fábricas.

Isto deixa claro como a prisão não é uma instituição estanque, que se organiza da mesma maneira desde sua criação, muito menos possui as mesmas funções como o pensamento liberal faz crer. Seus mecanismos, táticas, instrumentos, possuem uma grande capacidade de se metamorfosear de acordo com as necessidades do sistema econômico vigente. (ROSA et al., 2017, p. 207)

No século XX pelos menos duas alterações significativas no sistema econômico capitalista. O Estado de Bem-Estar Social (1930-1950) e as reformas neoliberais após a década de 1970 onde se insere especialmente a pesquisa de Wacquant. Nas 3 primeiras décadas do século XX, os Estados Unidos experimentaram intenso crescimento econômico, tornando-se uma potência mundial. Entretanto, após o fim da Primeira Grande Guerra com a recuperação econômica das nações diretamente envolvidas no conflito, o crescimento econômico acelerado não conseguiu se sustentar, culminando em uma das piores crises econômicas da história moderna, com a Grande Depressão, no final da década de 30.

Para enfrentar os efeitos nefastos da crise, os Estados Unidos adotaram o modelo keynesiano, divergente do liberalismo clássico, sobretudo na crença de que o equilíbrio econômico pode ser atingido de forma espontânea. Para John Maynard Keynes, o estado deve intervir para corrigir as falhas apresentadas pela economia de mercado e assegurar emprego e políticas de bem-estar social. Essa política, replicada também em países europeus, persistiu até a década de 1970, quando entra em colapso, notadamente pelo alto custo de manutenção de suas políticas de bem-estar, e a conseqüente crise fiscal de um Estado que precisa gastar acima de suas

possibilidades arrecadatórias (ROSA et al., 2017). Reagindo à crise do modelo keynesiano, o neoliberalismo ganha tração nos países desenvolvidos no final da década de 1970, merecendo destaque o governo Thatcher, na Inglaterra, apelidada como a “dama de ferro”, e o governo Reagan, nos Estados Unidos.

Perceptível se faz a ideia de que muito mais que combater a criminalidade violando direitos e garantias fundamentais com o propósito de exaltar um ideal de garantismo penal integral, como desenhou Fisher, torna-se necessário replantar as práticas do Estado Providência, pano de fundo da teoria de Ferrajoli, a fim de que a colheita do Estado Penitência não mais se expresse num liberalismo que exalta um ciclo vicioso e inepto de combate à criminalidade. Isto porque, como salienta Wacquant (2012), o neoliberalismo vai muito além de uma dimensão meramente econômica.

O neoliberalismo é uma noção escorregadia e contestada, um termo híbrido, estranhamente suspenso entre o linguajar simplório do debate político e a terminologia técnica das ciências sociais, e que, além do mais, é quase sempre invocado sem um referencial claro. Singular ou polimorfa, evolucionária e revolucionária, a noção predominante de neoliberalismo é essencialmente econômica: enfatiza um arranjo de políticas favoráveis ao mercado, tais como a desregulamentação do trabalho, a mobilidade do capital, a privatização, a agenda monetarista da deflação e autonomia financeira, a liberação do comércio, concorrência entre as zonas e a redução da taxa e dos gastos públicos. Mas essa concepção é estreita e incompleta, bem como excessivamente associada ao discurso moralista dos defensores do neoliberalismo. Precisamos ir além desse núcleo econômico e elaborar uma noção mais sólida que identifique o mecanismo institucional e os limites simbólicos através dos quais os princípios neoliberais estão sendo atualizados. (WACQUANT, 2012. p. 31)

O neoliberalismo é um “projeto político transnacional que visa refazer o nexo entre mercado, estado e cidadania a partir de cima” (WACQUANT, 2012, p. 32) e que se articula a partir de quatro aspectos fundantes essenciais: desregulamentação econômica, a retração do estado social, um aparato penal expansivo e a responsabilidade individual (WACQUANT, 2012). Nesse modelo de Estado, acredita-se que a conformação das atuações individuais encontra equilíbrio em uma ordem social de mercado imprevisível e que toda atuação estatal sobre a economia seria artificial e nociva (ROSA et al., 2017).

A despeito das quatro lógicas mencionadas serem independentes é em relação à expansão do aparato penal que o trabalho de Wacquant começa a reverberar, ecoando sobremaneira nesta pesquisa, inclusive. Afinal, as práticas judiciais que

desviam do garantismo idealizado por Ferrajoli, no Brasil, são acentuadas a partir de um plano de fundo colorido pelo Estado econômico mínimo que traz a reboque um Estado punitivo máximo, sem o qual não sobrevive.

Não é novidade que os discursos trazidos no capítulo anterior a respeito da bandidolatria, impunidade e desencarceramento vêm monopolizando as políticas criminais e de segurança pública que buscam adquirir, por meio do medo, da sensação de insegurança e no descrédito das instituições, o robustecimento das leis penais, o aumento dos gastos públicos e privados em segurança e o reforço do aparato policial, vendendo-os como soluções efetivas a estas questões complexas.

A retração de políticas sociais, incluindo grandes cortes orçamentários e uma divisão clara entre o *social insurance* e o *welfare state*, estigmatizado pela ética do trabalho, aliada à transferência de recursos para políticas de repressão e controle, com o apoio da polícia, do judiciário e do aparelho penitenciário, são sintomas de uma guinada da guerra contra a pobreza para uma guerra contra os pobres. O estado penal que emerge se dirige exatamente às desordens surgidas com a redução do estado e do assistencialismo que fornecia aos menos favorecidos.

O recrudescimento punitivo atua como reação, não ao crescimento da insegurança criminal, mas ao crescimento da insegurança social que acompanha a redução da atuação do Estado e de seus investimentos em políticas de trabalho, saúde e educação, entre outros. O discurso da dependência disfuncional dos pobres ao assistencialismo fornecido pelo Estado motiva cortes nessas áreas, sobretudo em governos locais (WACQUANT, 2007). Verifica-se a transformação do estado caritativo para um estado penal, que criminaliza a pobreza, e é descrita como Estado-Centauro, um estado com cabeça liberal sobre um corpo autoritário que “aplica a doutrina do *'laissez faire, laissez passer'* a montante em relação às desigualdades sociais, mas se mostra brutalmente paternalista a jusante, quando trata de administrar suas consequências” (WACQUANT, 2007, p. 9).

Wacquant (2012) estruturou sua obra em torno de um triângulo formado pelos conceitos de classe, raça e Estado:

O primeiro livro, *Os Condenados da Cidade: Estudo sobre marginalidade avançada*, explora a base do triângulo: aborda o nexos classe/raça em metrópoles dualizadas, por meio da comparação entre o repentino colapso do gueto negro americano e a lenta desintegração dos territórios da classe trabalhadora nas cidades da Europa Ocidental após a desindustrialização [...] e eu diagnostico o início de um novo regime de marginalização urbana alimentado pela fragmentação do trabalho assalariado, pela redução do Estado Social e pela estigmatização territorial. Os dois livros seguintes cuidam dos dois lados do referido triângulo. Onda Punitiva trata da relação classe/Estado nos fronts social e penal. O livro traça o modo como as autoridades públicas responderam a essa marginalidade emergente por meio da contenção punitiva. Revela também como a nova política e as novas políticas públicas da pobreza, unindo o workfare disciplinador e a prisão neutralizante, inventados na América ao longo das três últimas décadas, integram a construção de um Estado neoliberal propriamente reconcebido. O terceiro volume, *Deadly Symbiosis: Race and the Rise of Penal State*, dissecou o eixo raça/Estado: demonstra como a divisão étnico-racial intensifica a decomposição das classes na sua base, facilitando a passagem para o workfare, e intensifica o desenvolvimento do Estado Penal; e, concomitantemente, como a penalização modifica o significado e as funções da raça. O terceiro volume delinea um modelo histórico e teórico da engrenagem básica entre o hipergueto, dos quais os negros pobres americanos se tornam prisioneiros, e o supercrescimento das prisões na América; segue para o outro lado do Atlântico para tratar do encarceramento excessivo de imigrantes pós-coloniais na União Europeia; e termina por trazer à tona a militarização da marginalidade nas metrópoles brasileiras, como reveladora de uma profunda lógica de penalização. É um argumento central o de que prisão e raça estão atadas por variantes formas de desonra. Um quarto livro, *As Prisões da Miséria*, [...] rastreia as viagens e trabalhos internacionais de políticas de "tolerância zero" e outras noções e receitas milagrosas originariamente formuladas nos Estados Unidos (a "Teoria das Janelas Quebradas", toques de recolher para juventude, penas mínimas obrigatórias, transações penais etc.), como efeitos da disseminação pelo mundo do neoliberalismo. Eu demonstro como o "consenso de Washington" acerca da desregulamentação econômica e das restrições ao bem-estar social foi estendido ao controle punitivo da criminalidade através: (i) da atuação das think tanks;² (ii) de políticos seduzidos pela nova religião, que é o mercado; (iii) de uma nova geração de "consultores" em "segurança urbana" que se espalha pelo globo; e (iv) grupos de acadêmicos locais ansiosos para contrabandear para seus países técnicas americanas de penalização, vestindo-as, para tanto, com uma roupagem de erudição. (WACQUANT, 2012, p.1)

À luz da realidade norte-americana, Wacquant percebeu que o desmantelamento das políticas de seguridade social, bem como a redução dos orçamentos empenhados na promoção do bem-estar social contribuíram demasiadamente para o aumento das desigualdades sociais e insegurança econômica (WACQUANT, 2007).

No pós-guerra, os Estados Unidos iniciaram esse experimento sem precedentes entre as nações ocidentais, ao passarem de uma única regulamentação (previdência social) para uma dupla regulamentação (social e penal) dos pobres. A junção da assistência pública com o encarceramento como ferramenta na administração da pobreza é, para Wacquant (2007), parte de um novo governo de pobreza, capitaneado pelos Estados

Unidos com a criminalização da marginalidade e uma contenção punitiva das populações excluídas.

Isso não quer dizer que o assistencialismo nos Estados Unidos era uma política robusta, muito pelo contrário, sobretudo se comparada com seus pares na Europa. Wacquant (2007), ao se referir a essas políticas, diferencia um Estado-providência do que chama de Estado-caritativo, mais condizente com a percepção social da pobreza como produto de carências individuais dos pobres e com finalidade de aliviar a miséria, não a desigualdade, impellido pelo sentimento de compaixão, e não pela solidariedade, a integração social ou mesmo o fortalecimento dos vínculos sociais.

A racionalidade neoliberal impelia os indivíduos a assumir a responsabilidade integral por suas vidas, a assistência social apenas serviria como instrumento de perpetuação da dependência de seus beneficiários tanto quanto os usuários de drogas dependem dos produtos tóxicos, razão pela qual deveria ser imediatamente cortada. Aliás, outros avanços promovidos pelo Estado de bem-estar precisavam ser contidos, como o seguro-desemprego e o auxílio para invalidez ocupacional. A este respeito, Wacquant (2007) menciona que “no primeiro caso, a cobertura caiu de 76% dos assalariados que perderam seus empregos em 1935 para cerca de 30% em 1995. No Segundo, a taxa de cobertura caiu de 7,1 trabalhadores em cada mil no ano de 1975 para 4,5 em mil em 1995” (WACQUANT, 2007, p. 101).

Em 1994 os Estados Unidos apresentavam maior taxa de pobreza de seus últimos 10 anos (15% da população, cerca de 40 milhões de pessoas) apesar de experimentar intenso crescimento econômico. Dentro dessa parcela, “os afro-americanos padecem os efeitos desse processo de forma intensa e seletiva” (WACQUANT, 2007, p. 10). O sociólogo demonstra a mudança da rede de segurança do estado para uma rede disciplinar de seus cidadãos, impositiva de uma ética do trabalho aos que estão em situação de maior vulnerabilidade, a precarização associada à criminalização das consequências da miséria que se agrava.

As taxas de encarceramento nos Estados Unidos subiram mais de 300% entre as décadas de 1970 e 1990, com a população carcerária refletindo a retração nas áreas sociais, denunciada por Wacquant, quando “a exemplo do desengajamento social do

Estado, o encarceramento atinge prioritariamente os negros: o número de detentos afro-americanos multiplicou-se por cinco desde 1970, depois de ter caído 7% durante o decênio precedente” (WACQUANT, 2007, p. 11). Wacquant (2007) analisa a similaridade do fenômeno no Brasil, sobretudo sob a legenda da guerra às drogas que aconteceu no Rio de Janeiro, já que:

A criminalização por drogas passa de cerca de 8% em 1968 e 16% em 1988 a quase 70% no ano 2006. Lá como cá, a clientela do sistema penal é recrutada no exército de jovens negros e/ou pobres (ou quase negros de tão pobres), lançados à própria sorte nos ajustes econômicos que as colônias sofreram naquela que ficou conhecida como a “década perdida”. A continuidade do fracasso retumbante das políticas criminais contra drogas só se explica na funcionalidade velada do gigantesco processo de criminalização gerado por ela. As prisões do mundo estão cheias de jovens “mulas”, “aviões”, “olheiros”, “vapores”, “gerentes” etc. (WACQUANT, 2007, p. 11)

Ao mesmo tempo em que se verifica a retração de políticas sociais se acirra o combate à criminalidade, isto é, aos pobres, com aumento do orçamento destinado às políticas de segurança. Não há observância à diretriz de enxugar a máquina estatal, essencial à lógica neoliberal, quando se fala do controle social por meio de prisões. Wacquant, entretanto, propõe ir além da visão econômica do neoliberalismo como regra de mercado e busca uma especificação sociológica. Enfatiza que a ordem social mascara e se perpetua pela aceitação das hierarquias sociais.

Afirma Wacquant que durante a década de 1960 até o início dos anos 70 do século vinte, a população prisional dos Estados Unidos diminuía de forma regular, levantando questionamentos, inclusive, sobre o papel da prisão e sua relevância nos anos que se seguiriam. Nenhum dos principais analistas da questão penal, entre eles, Foucault, Rothman e Blumstein, previu a quadruplicação da população carcerária nos 20 anos seguintes (WACQUANT, 2007). Ele também não atribui o aumento da população carcerária ao aumento expressivo da criminalidade, já que entre 1975 e 1995 o índice de criminalidade referente a roubos qualificados, lesões corporais e crimes contra a propriedade se mantiveram estagnados. A resposta estaria não na escalada da criminalidade, mas na expansão dos recursos direcionados para repressão criminal e o agravamento de penas para delitos que anteriormente não implicariam penas restritivas de liberdade, por exemplo, os crimes relativos a entorpecentes.

A guerra às drogas, iniciada na década de 1970 tem reflexos nesses números, assim como o alongamento e recrudescimento das penas, mas para Wacquant (2007), o fenômeno é uma resposta à insegurança social crescente, e não à insegurança criminal. A penalização crescente serviu como contenção à desordem das cidades, impulsionadas pela desregulação econômica e social dos espectros mais vulneráveis da sociedade pós-industrial, a quem o Estado penal se encarregou de impor valores de trabalho e moralidade, ao mesmo tempo que reduz a assistência (ROSA et al., 2017). É exatamente esse processo descrito que Wacquant (2007) chama de criminalização da pobreza. Conforme Rosa et al. (2017):

O que está em questão era o fato de a punição ser direcionada a determinados indivíduos pelo simples fato de serem pobres. Tratam-se de medidas que se destinam a transformar em crime *as formas de vida e as estratégias de sobrevivência das camadas inferiores do proletariado*, notadamente seus integrantes negros e hispânicos. (ROSA et al., 2017, p. 221)

Essa seletividade é percebida com a diferença de rigor nas atuações do sistema de justiça dos Estados Unidos no período. Nos distritos das classes mais pobres, ocorreu um aumento de atuações repressivas, como na política de tolerância zero em Nova York, aumento das abordagens policiais nas áreas mais pobres e até a imposição de toques de recolher (WACQUANT, 2007).

Quanto a crimes praticados pela elite, segundo Rosa et al. (2017), “não foram detectadas mudanças expressivas nos mecanismos para coibir, por exemplo, os crimes de colarinho branco” (ROSA et al., 2017, p. 222). Soma-se a isso o fato de que os brancos representavam, em 1970, 70% da população carcerária e passados alguns anos, não chegam a 30%. Já a população negra compõe menos de 12% da população total do país, entretanto, passou dos 50% da população carcerária ainda em 1989. Isto representa uma:

Tradução sem rodeios: perseguição permanente dos jovens negros e imigrantes na rua, detenções em massa e frequentemente abusivas nos bairros pobres, inchamento inaudito dos tribunais, crescimento contínuo da população trancafiada (130 mil pessoas passam pelas portas de Rikers Island a cada ano, quase duas vezes as entradas em prisão registradas em toda a França), e um clima de desconfiança e de hostilidade abertas entre a polícia e os nova-iorquinos afro-americanos e latinos. (WACQUANT, 2007, p. 151)

Argumenta Wacquant (2007) que a escravidão foi a primeira instituição para controle dos afro-americanos, seguida pelo sistema de segregação de Jim Crow que impunha severo distanciamento racial na região sul dos Estados Unidos.

Após, percebe-se o gueto como instituto de controle, observado com a proletarização dos afro-americanos e a urbanização das cidades, que manteve negros e latinos fora dos espaços reservados aos brancos e as classes mais abastadas da sociedade. A solução para o controle seria “o novo complexo institucional composto por vestígios do gueto negro e pelo aparato carcerário, ao qual o gueto ligou-se por uma relação estreita de simbiose estrutural e de suplência funcional” (WACQUANT, 2007, p. 107). Isso porque, como se viu, a população carcerária seguiu contornos seletivos, dirigindo-se majoritariamente aos negros e latinos marginalizados e o recrudescimento penal das condutas praticadas pela criminalidade pobre.

A conclusão que chega o sociólogo francês é a de que o gueto e a prisão se destinam ao confinamento forçado de um espectro específico da sociedade. O gueto como prisão social e a prisão como gueto judiciário (WACQUANT, 2007). O crescimento dos guetos e a precarização dos proletários tem como consequência o aumento dos índices de criminalidades nessas regiões, que ilustram a busca por estratégias alternativas de sobrevivência dos marginalizados, mas acabam por justificar uma intensificação da atuação do sistema de justiça.

Na obra de Wacquant (2014) a relação de imbricação entre penalização e racialização como formas aparentadas de desonra, revela como a desigualdade de classe atravessa e reflete o eixo Estado-Etnicidade. Isto é, a divisão étnico-racial intensifica a penalização. Por outro lado, a atuação do Estado penal adapta a raça como forma de classificação e estratificação, na medida que estabelece a negritude como sendo a maior parcela da população carcerária. Em suas palavras, indica que:

A divisão étnico-racial serve como um catalisador ou multiplicador. Ela acentua a fragmentação do trabalho assalariado, segmentando os trabalhadores e jogando-os uns contra os outros; facilita o recuo das políticas de bem-estar social e a implantação do aparato penal, pois é muito mais fácil endurecer as políticas dirigidas aos beneficiários das políticas de bem-estar e aos criminosos, visto que estes são percebidos como outsiders cívicos, congenitamente contaminados e definitivamente incorrigíveis, em oposição, em todos os aspectos, aos cidadãos “de bem” (para invocar uma dicotomia cara a Elias e Scotson, [1965] 1994). Porém, acima de tudo, a marca racial

acaba por ser de natureza similar à punição penal: são duas manifestações gêmeas da desonra pelo Estado. (WACQUANT, 2014, p. 158)

Nas prisões, as grandes massas encarceradas não são objeto de uma atuação ressocializadora. A lógica neoliberal de redução de custos e a busca por redução de índices criminais, fomentado por um discurso punitivista e uma sensação de medo que nem sempre é justificada pelos índices criminais, propõe uma face disciplinadora do sistema, cada vez mais precário, submetendo as massas crescentes a condições desumanas.

Não há de se falar em ressocialização dentro deste contexto, pois ao promover o encarceramento em massa, principalmente da população negra e pobre, é possível destacar a lógica de um aprisionamento que se dedica a neutralizar o desenvolvimento de grupos sociais vitimados pela precarização da vida e do trabalho (ROSA et al., 2017).

Wacquant consegue desnudar com precisão as consequências sociais da implementação das reformas neoliberais. A redução das vantagens e dos direitos sociais do estado Providência, longe de produzirem um ambiente de liberdade de produção e de “desinchaço da máquina pública”, que sonham os defensores do neoliberalismo, na verdade abrem espaço para o surgimento de um verdadeiro Leviatã punitivo, pesado e caro, que visa conter as parcelas da população atingidas pela precariedade dos empregos, pobreza em massa e insegurança social. (ROSA et al., 2017, p. 230)

Diante disso, é importante ressaltar que refletir a conjuntura brasileira a partir dos estudos elaborados por Wacquant reclama algumas considerações oportunas. A primeira e principal é acentuar que, no Brasil, nunca houve, de fato, a implementação de um Estado Social nos moldes experimentados por diversos países europeus, porquanto, apesar da Constituição de 1988 ter absorvido muito do ideal social-democrata, sua efetivação encontrou obstáculos severos (ROSA et al., 2017).

Ainda, a despeito do atraso na implementação do neoliberalismo como modelo econômico no Brasil quando comparado a outros países da Europa, seus efeitos “foram tão ou mais fortes [...], (haja vista que) a penalidade neoliberal já encontrou campo fértil em uma sociedade extremamente desigual, sem uma democracia consolidada após anos de ditadura civil-militar e com um sistema penal herdeiro direto

do estatuto escravista” (ROSA et al., 2017, p. 231). Inobstante, Wacquant (2001) afirmar que:

[...] a penalidade neoliberal é ainda mais sedutora e mais funesta quando aplicada em países ao mesmo tempo atingidos por fortes desigualdades de condições e de oportunidades de vida e desprovidos de tradição democrática e de instituições capazes de amortecer os choques causados pela mutação do trabalho e do indivíduo no limiar do novo século. (WACQUANT, 2001, p. 7)

Pastana (2009) ao dialogar com o diagnóstico de Wacquant, assevera que as posturas autoritárias, atreladas à racionalidade neoliberal, vêm sendo implementadas pelo Estado brasileiro e pela Justiça Criminal.

O sistema penal brasileiro caminha, atualmente, menos para a consolidação democrática, e muito mais para a atuação simbólica, traduzida em aumento desproporcional de penas, maior encarceramento, supressão de direitos e garantias processuais, endurecimento da execução penal, entre outras medidas igualmente severas. Tal sistema opera no sentido do “excesso de ordem”, único capaz de tranquilizar nossa atual sociedade de consumo hedonista e individualista. (PASTANA, 2009)

Existem diversas legislações que foram fruto da emergência neoliberal e sanha punitiva do Estado, que não só corroboram com as análises de Wacquant, mas também demonstram a violação de garantias que coloca em risco o garantismo pretendido por Ferrajoli (PASTANA, 2009).

A Lei n. 8 072/1990, que dispõe sobre os crimes hediondos e os a eles assemelhados, em virtude do mandamento constitucional inserido no artigo 5º, inciso XLIII. Lei portadora de inúmeros dispositivos que atentam frontalmente contra a Constituição Federal e que surge em nosso ordenamento como a consagração da ideologia do endurecimento penal, vale dizer: da punição arbitrária e supressora de inúmeros direitos e garantias constitucionais. Feita às pressas e sob forte pressão política, seu texto atingiu diretamente inúmeros princípios penais constitucionais. No campo da execução penal, por exemplo, excluiu o sistema progressivo no cumprimento da pena privativa de liberdade, restringindo-a apenas ao regime fechado. A partir da sua promulgação, abriu-se caminho para um Direito Penal simbólico e ilusório, crente na idéia de que somente com a elaboração de leis severas é que o controle da criminalidade dar-se-ia de forma eficaz. Exemplificando, podemos citar a Lei n. 8 930/1994, que introduziu novas figuras no rol dos crimes hediondos (homicídio qualificado, latrocínio, extorsão, entre outros), e a Lei n. 9 695/1998, que passou a considerar a falsificação e a adulteração de remédios igualmente um crime hediondo. Também podemos citar as medidas de recrudescimento na execução penal, como o regime disciplinar diferenciado (instituído pela Lei n. 10 792/2003), e, recentemente, a inclusão do uso de telefone celular como falta disciplinar grave durante o cumprimento da pena (instituída pela Lei n. 11 466/2007). (PASTANA, 2009, p. 124)

Nesse sentido, Frade (2007) corrobora a percepção de Ferrajoli e Wacquant ao analisar a produção legislativa brasileira em material, pois atesta que “dos 646 projetos de lei apresentados nos últimos quatro anos no Congresso Nacional sobre criminalidade, apenas 20 foram no sentido de relaxar algum tipo penal” (FRADE, 2007, p. 91). Desse total, 626 projetos pretendiam agravar penas e regimes. Somente dois projetos se relacionavam com crimes de colarinho branco. Este diagnóstico foi recentemente ratificado por Rosa et al. (2017).

Entre 1995 e 2010 o Brasil foi o segundo país, dentre os 50 com maior população carcerária, com a maior variação da taxa de aprisionamento, com 136% de crescimento, perdendo apenas para a Indonésia com 145%. Neste período, como já havia passado a parte mais incisiva do boom carcerário nos EUA, este país ficou em 21 lugar com 23% de variação positiva. Ressalta-se que entre os dez primeiros colocados, sete são países latino-americanos. Com relação à população prisional, [...] o aumento foi de 575% entre 1990 e 2014, saindo de 90 mil para 607,7 mil presos. (ROSA et al., 2017, p. 233)

Brito-Júnior (2001) analisa o quão difícil é acompanhar os índices dos países que mais encarceram no mundo, principalmente à luz dos níveis exorbitantes de aumento. Nesse sentido, é imperioso dizer que o Brasil consegue superar aqueles países que foram precursores das políticas punitivas neoliberais. Desse modo, como num exercício de inversão da lógica que colore o pré-desenvolvimento como fruto da periferia colonial, o Brasil acaba por experimentar as consequências dessas políticas em escalas muito maiores que os precursores dela, por exemplo, os Estados Unidos e a Europa.

Não sem motivo, o próprio Wacquant (2014) entende que o processo de criminalização de pobreza ganha contornos preocupantes na América Latina, em especial no Brasil, onde é possível observar seu alinhamento e a estigmatização dos indivíduos por meio da raça e classe:

A mesma lógica está em cena na América Latina, que é para onde levo finalmente o leitor, com o intuito de examinar a militarização da pobreza na metrópole brasileira como reveladora da lógica profunda da penalização (cf. Wacquant, 2008b). Em um contexto de desigualdades extremas e de violência de rua desenfreada, respaldado por um Estado patrimonial que tolera a discriminação judicial rotineira, causada tanto pela classe e pela cor quanto pela brutalidade policial sem freios, e considerando-se as terríveis condições do confinamento, impor a contenção punitiva aos moradores das favelas decadentes e dos conjuntos habitacionais degradados equivale a tratá-los como inimigos da nação. Tal política é assegurada por alimentar o desrespeito à lei e o abuso rotineiro, bem como a expansão descontrolada do poder penal, que, de fato, se observa por toda a América do Sul em resposta

ao aumento conjunto da desigualdade e da marginalidade (cf. Müller, 2012). Esse excuro brasileiro confirma que o vetor da penalização atua sempre de forma extremamente seletiva, atingindo, como uma questão de prioridade estrutural, aquelas categorias duplamente subordinadas na ordem material de classe e na ordem simbólica da honra (WACQUANT, 2014, p. 150)

Esta política punitiva que caminha lado a lado com a seletividade penal e a violação de Direitos Humanos encontrou no estado do Espírito Santo seu ápice quando chegou, por exemplo, a empregar contêineres de carga para o aprisionamento de indivíduos, a fim de encontrar soluções rápidas para as superlotações de presídios. O absurdo de tal medida foi tão grande que, em razão das altas temperaturas ali encontradas, as celas ficaram conhecidas como “celas micro-ondas”, fundamentais para que fosse entabulado um pedido de intervenção federal feita pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária – CNPCP, em 2009 (RIBEIRO-JÚNIOR, 2012).

Deste quadro, percebe-se que o superencarceramento brasileiro realça com certa clareza a criminalização da pobreza. Eis que os próprios destinatários das políticas criminais foram, e continuam sendo vistos alhures, como aqueles mais atingidos pelas precarizações promovidos pelo neoliberalismo, no qual as providências do estado de bem-estar são quase nulas a esta classe populacional. Basta uma passeada pelo perfil dos encarcerados no Brasil.

Ademais, tal compreensão tem o condão de expandir as reflexões que florescem da articulação entre o garantismo e a seletividade penal. Ora, quando há no Brasil um flagrante movimento que milita pela supressão de direitos fundamentais com um discurso de existir impunidade e bandidolatria, os traços do perfil carcerário no Brasil mostram que não existe impunidade, mas uma seletividade em quem se pune e como o faz. Por essa razão, antes de querer imprimir um garantismo integral, é necessário que se compreenda que ele foi pensado por Ferrajoli dentro de um contexto em que o Estado de bem-estar atuava na garantia do bem comum aos cidadãos.

Assim, não se pode ignorar que a guinada neoliberal amparada pelo Estado Mínimo na economia e Máximo no Sistema Penal tem como objetivo criminalizar a pobreza, de modo que a busca por integralizar o sistema de garantias dentro deste contexto gera uma série de práticas antigarantistas. Esta questão será demonstrada a seguir,

justamente por desprezar direitos fundamentais de classes já marginalizadas pela ausência do Estado, providência na promoção do seu bem-estar.

Afinal, como destaca Bovero (2008), a orientação política de Ferrajoli, ainda que liberal, está em consonância com a fase contemporânea do constitucionalismo e a exigência de atuação estatal proativa na efetivação de direitos sociais. Enquanto o Estado Liberal de Direito se estrutura em torno de proibições para os poderes estatais e afirmação dos direitos individuais, o Estado Social de Direito pressupõe obrigações estatais intentando a superação das desigualdades e afirmação dos direitos sociais. Desse modo, é no encontro de garantias de cunho liberal/negativas e social/positivas que percorre o modelo garantista de Ferrajoli.

3 PRÁTICAS ANTIGARANTISTAS NO SISTEMA DE JUSTIÇA BRASILEIRO

O sistema garantista propõe uma ampliação da racionalidade na criminalização de condutas e na aplicação das penas, da mesma maneira que exige estrita observância ao procedimento e aos direitos e garantias fundamentais: o que se deve punir, de que forma se impõe a punição e como será ela executada. O garantismo penal é um sistema de maximização de liberdades e limitações do arbítrio e punitivismo estatais.

Analisando o fenômeno da seletividade como uma característica determinante da atuação do sistema de justiça no mundo, inclusive no Brasil, faz-se pertinente discutir práticas antigarantistas em solo brasileiro. Para este fim, será efetuada a análise do Plano Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias do Brasil, do período 2020-2023², passando pela atuação das polícias, em especial abordando as vítimas da violência oficial no Brasil, aquela praticada pelo aparato de segurança Estatal.

Por fim, as posições que o poder judiciário e parte da doutrina nacional toleram ou adotam em práticas que se distanciam do garantismo penal de Ferrajoli, buscando justificar um sistema repressivo que, sob a justificativa de combater a impunidade, legitima o desrespeito diuturno às garantias dos marginalizados, os verdadeiros clientes do sistema.

A análise indica que o sistema brasileiro não atende aos postulados garantistas, ao revés, reflete que direito penal e o sistema repressivo atuam como gestores da criminalidade pobre e mantém hoje esse direcionamento. Destaca-se que este Plano foi elaborado pelo Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária (CNPCP, 2019).

² A opção pelo Plano Nacional de Políticas Criminais e Penitenciárias do Brasil se dá pela sua capacidade de diálogo com os aspectos teóricos da pesquisa, em especial quanto à população efetivamente punida no Brasil e por quais infrações penais.

3.1 O PLANO NACIONAL DE POLÍTICAS CRIMINAIS E PENITENCIÁRIAS NO BRASIL 2020-2023

Enquanto a criminologia se contorna pela investigação causal e explicativa da criminalidade e o Direito Penal como ciência normativa, a política criminal “aparece comprometida com a conversão da experiência criminológica em alternativas e estratégias para os poderes públicos (legislativo, executivo e judiciário) na prevenção e repressão do crime” (ANDRADE, 2011, p. 364), configurando, em verdade, o direcionamento estratégico do combate à criminalidade e defesa da sociedade com viés científico.

Um saber essencialmente tecnológico da cura, auxiliado pela Criminologia do diagnóstico, e a Dogmática da decidibilidade dos conflitos criminais, que coroa aquele modelo cientificista defensivista-periculosista que veio a legitimar a história da pena de prisão e do sistema penal moderno desde o capitalismo industrial até o capitalismo globalizado. (ANDRADE, 2011, p. 364)

O desenho da política criminal permite compreender qual o diagnóstico feito através da análise do fenômeno criminológico e, a partir dele, quais diretrizes estabelecidas para o enfrentamento a este fenômeno. Ao mesmo tempo, quando faz opções e apresenta propostas de combate à criminalidade, expõe uma escolha valorativa significativa quanto a sua abordagem. Um sistema penal que se pretende garantista para além da retórica, deve refletir essa escolha em sua política criminal.

O CNPCP é um órgão subordinado ao Ministério da Justiça, sendo a primeira entidade da execução penal. Sua composição é decorrente de designações do Ministro da Justiça em exercício do cargo, dentre eles, profissionais de ciências relacionadas ao tema. O CNPCP oferece subsídios à implementação de políticas públicas na área criminal e penitenciária, como o Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária e a proposta de decreto presidencial de indulto.

No plano proposto para o triênio de 2020-2023, o Conselho aponta que outros de seus atos normativos “se mostram incompatíveis, para além das demandas da sociedade, sobretudo com as recentes revelações do perfil da criminalidade de que o país se viu hospedeiro, a reclamar foco na tríade criminalidade violenta, corrupção e crime

organizado” (CNPCP, 2019). No início de sua apresentação indica que o plano de 2015 pretendia:

O fortalecimento da política de reintegração social, para garantir apoio ao egresso do sistema prisional em seu retorno à sociedade” ou a que sublinha a importância “de adequação da política criminal e penitenciária aos modernos instrumentos de governança em política pública (CNPCP, 2019, p. 10).

Dando sequência, na concepção do Conselho, existem diretrizes que não possuem respaldo no plano anterior ou em base de dados, mas que merecem um estudo sério. Aponta, especificamente, a justiça restaurativa e a mediação penal como instrumentos ilegítimos ou desculpa para o “combate à cultura do encarceramento” (CNPCP, 2019, p. 10). Enfrenta também questionamentos acerca da população carcerária do Brasil, que segundo o plano, seria compatível com sua população absoluta, ou seja, terceira maior população carcerária e quinta ou sexta maior população do planeta. Entretanto, o Brasil figura como líder na taxa de homicídios, mas não é o país que detém a maior população carcerária, indicando certa parcimônia.

A despeito de estudos sobre o tema do encarceramento, abordado no capítulo anterior, o plano também critica as alegações relativas ao alto percentual de presos provisórios no Brasil, que estaria na faixa de 245.715 ou 34,1 por 100.000 habitantes, colocando o país na 88ª posição mundial. Em contrapartida, o Brasil padece de “índices alarmantes de criminalidade” (CNPCP, 2019, p. 10).

A preocupação com a ressocialização é mitigada no plano apresentado para o período. Como visto na análise de Wacquant, o cárcere assume uma função segregadora e disciplinadora, buscando uma redução de custos, apesar da expansão da carcerização. Este aspecto é verificável na proposta, tanto pela justificativa da ascendente população carcerária brasileira quanto pela proposta de recrudescimento das penas. Extinguir o regime semiaberto de cumprimento de pena vai no sentido contrário da maximização de liberdades, em especial considerando a mensuração das finalidades da imposição das penas, constantes na exposição de motivos da Lei de Execuções Penais:

29. Fiel aos objetivos assinados ao dinamismo do procedimento executivo, o sistema atende não somente aos direitos do condenado, como também, e inseparavelmente, aos interesses da defesa social. O mérito do sentenciado

é o critério que comanda a execução progressiva, mas o Projeto também exige o cumprimento de pelo menos um sexto do tempo da pena do regime inicial ou anterior. Com esta ressalva, limitam-se os abusos a que conduz a execução arbitrária das penas privativas da liberdade em manifesta ofensa aos interesses sociais. Através da progressão, evolui-se de regime mais rigoroso para outro mais brando (do regime fechado para o semi-aberto; do semi-aberto para o aberto). Na regressão dá-se o inverso, se ocorrer qualquer das hipóteses taxativamente previstas pelo Projeto, entre elas a prática de fato definido como crime doloso ou falta grave. (BRASIL, 1984)

Interessa destacar que o Projeto de Lei 10.372 (BRASIL, 2018a) que trata, dentre outras medidas, do acordo de não-persecução penal, em sua exposição de motivos fala da criminalidade violenta e da criminalidade não violenta no Brasil, tratando da população carcerária em três eixos: “1/3 crimes praticados com violência ou grave ameaça, 1/3 crimes sem violência ou grave ameaça e 1/3 relacionados ao tráfico de drogas, sendo cerca de 40% presos provisórios” (CNPCP, 2019, p. 17). O percentual de presos por tráfico de drogas no Brasil é alarmante e sintomático da guerra à pobreza, destaca Coelho (2016) em sua obra ‘O direito Penal da Guerra às Drogas’.

Também apresenta críticas ao plano anterior quanto às ações para ajustes e aperfeiçoamentos da arquitetura prisional, o combate à violência institucional contra os apenados e o aperfeiçoamento da investigação e punição por mortes dentro dos estabelecimentos prisionais. Para o CNPCP, nessas linhas de ação “não se encontram as diretrizes da política criminal para prevenção do delito” (CNPCP, 2019, p. 11).

Corroborando as conclusões da teoria do *labelling approach* e com referência à punição da população pobre, citam que “teorias sociológicas evidenciam a influência do grupo em que vivem os jovens e, nesse quadro, jovens residentes em periferias das metrópoles são mais facilmente levados a repetir trajetórias que prejudicam sua capacidade futura de produção de renda lícita, como a evasão escolar” (CNPCP, 2019, p. 11). Também faz menção a uma pesquisa do IPEA de 2017, cuja conclusão foi que há diferenças significativas do índice de desenvolvimento humano entre os municípios com piores índices de criminalidade e aqueles com os melhores:

Nesse sentido, o Atlas apresenta comparativo entre Jaraguá do Sul/SC (IDH = 0,803 e taxa de homicídio = 3,1 por 100 mil habitantes) e Altamira/PA (IDH = 0,665 e taxa de homicídio = 105 por 100 mil habitantes), ocupantes dos extremos entre as cidades menos e mais violentas do País. (CNPCP, 2019, p. 11)

Ocorre que para o enfrentamento do problema, o Conselho defende a aplicação do pensamento de Becker, para quem a quantidade de atos criminosos praticados é fortemente influenciada pela probabilidade de sua prisão e a severidade à punição imposta. A consecução da redução da criminalidade se daria através da dissuasão, medida economicamente mais eficiente no combate ao crime.

Sem se afastar desse critério, a diretriz de prevenção que engloba medidas anteriores ao crime, não trata da inclusão, socialização ou acesso das populações marginalizadas às políticas públicas básicas. Partindo da premissa de que os direitos fundamentais detêm não apenas uma perspectiva subjetiva, com garantias que limitam o poder punitivo, mas também objetiva, no dever de proteção do Estado.

Esse raciocínio se aproxima do pensamento integralista apresentado no primeiro capítulo do trabalho como uma tendência no Brasil. Justificando a diretriz, o plano de combate elege “a prioridade no direcionamento de ações para o cumprimento do referido dever de proteção com mais eficiência, pois o que mais tem angustiado o cidadão brasileiro é a sensação de insegurança” (CNPCP, 2019, p. 19).

Como justificativa para as várias medidas que são propostas no âmbito da prevenção, encontram-se o compromisso com a diminuição do sentimento e da percepção de impunidade perante a sociedade, além da atenção para o sofisticado nível alcançado pelos agentes criminosos quanto à ocultação do produto financeiro de seus crimes. [...] O foco das políticas de segurança pública e criminal, parece claro, deve ser no sentido de direcionar as ações para o cumprimento com algum grau de eficiência do dever de proteção, pautando-se naquilo que mais aflige todo e qualquer cidadão brasileiro, que tem sido privado do direito de sentir-se em segurança, sujeitando-se a levar uma vida sem paz, com receio de sair à rua para o trabalho ou o lazer e não voltar ao seu lar ou a rever os seus familiares e amigos. (CNPCP, 2019, p. 19)

O foco deve ser, portanto, a criminalidade violenta, o tráfico ilícito de entorpecentes, o crime organizado, a corrupção e a redução da sensação de impunidade. Ainda dentro do combate à impunidade, as diretrizes relativas ao processo e ao julgamento seguem o mesmo sentido. Responsabilizado como ineficaz e que não atende às demandas da sociedade “com a percepção generalizada de que a ação penal nunca termina” (CNPCP, 2019, p. 20), a solução proposta, além dos acordos para os crimes praticados sem violência, inclui a execução da pena após a condenação em segunda instância e a imediata execução das decisões proferidas no Tribunal do Júri. Essa

temática foi enfrentada pelo STF que decidiu pela impossibilidade de cumprimento provisório da pena de prisão.

Existiria uma relação do sentimento de insegurança com a criminalidade violenta, representada fundamentalmente por duas infrações: homicídio e roubo. Ademais, essas infrações seriam frequentemente um subproduto do tráfico de drogas, que com um suporte financeiro robusto, decorrente da prática ilícita, é capaz de estabelecer um foco de poder paralelo.

Esse fenômeno está bem presente no Brasil. As facções criminosas (que comandam a criminalidade e possuem como suporte financeiro os recursos oriundos do tráfico de drogas e atividades afins) foram criadas dentro dos presídios e fazem destes o seu home office, de onde fortalecem os seus laços de poder. (CNPCP, 2019, p. 27)

Sem embargo de que conceda que o garantismo é o único modelo de sistema criminal compatível com o Estado democrático de Direito, tende a argumentos utilizados por Fischer (2009; 2014), para relativizar dogmas garantistas.

Ele não se basta na sua perspectiva subjetiva, na medida em que dos direitos fundamentais dimanam princípios objetivos inerentes à sociedade, os quais “[...] orientam o funcionamento de todo o ordenamento jurídico (público e privado), reclamando prestações positivas (legais e judiciais) do Estado destinadas a sua proteção frente a ataques de terceiros.” [...]A abordagem dos direitos fundamentais sob a perspectiva objetiva revela que não se trata apenas de um dever de proteção, senão de um dever de proteção eficiente, o que impõe a existência de instrumentos de ordem legislativa, executiva e judicial hábeis e eficazes no amparo ao desempenho dessa função estatal. (CNPCP, 2019, p. 24-25)

Sobre o acordo de não persecução penal e os acordos penais é importante destacar que sem mecanismos sensíveis de controle e responsabilização daqueles incumbidos de sua análise e proposição, vulneram ainda mais as parcelas da população mais expostas ao desrespeito de seus direitos e garantias fundamentais. Embora os institutos sejam responsáveis pela redução significativa dos processos nos Estados Unidos, sem um efetivo controle e uma defesa técnica efetiva, promove-se o encarceramento da criminalidade pobre, exclusivamente.

Sabe-se que na experiência norte-americana, não foi essa a realidade descortinada. Mesmo que seja aplicado a maioria dos casos criminais da justiça dos Estados Unidos, aquele país continua a refletir o encarceramento maciço dos pobres conforme exposto

por Wacquant, pois o sistema de justiça criminal promove controle por meio da prisão como “gueto judicial”. Sem um sistema verificável e efetivo de garantias, o Brasil implementa uma escolha pela “cifra de injustiça”, como chama Ferrajoli.

A execução provisória das penas é assunto de intenso debate e flutuações na jurisprudência do STF. Vale frisar que para o garantismo penal proposto por Ferrajoli, medidas dessa natureza implicam em retrocesso na racionalização do direito de punir e na maximização de liberdades.

Para o Conselho, o mesmo raciocínio deve ser aplicado à execução das penas, com uma “completa revisão do sistema de execução de penas no Brasil” (CNPCP, 2019, p. 21). Sugere-se a revisão de medidas como “saídas, remição, livramento e indulto” (CNPCP, 2019, p. 21) em virtude da “incompreensão social de que as penas não são efetivamente cumpridas” (CNPCP, 2019, p. 21). Também não deve permanecer o regime semiaberto como etapa do sistema progressivo, sugerindo-se a revisão para um sistema binário, ou seja, fechado e aberto.

O sistema semiaberto tem nítida função ressocializadora e de autodisciplina do interno, possibilitando o trabalho externo e saídas. Dessa forma, seria uma etapa intermediária entre o regime aberto, de autodisciplina acentuada, e o regime fechado, altamente restritivo. Extinguir esse regime sem uma alternativa concreta altera o atual equilíbrio no sistema penal brasileiro entre a ressocialização e a retribuição da pena, tendendo a este último. Isso tem especial relevância considerando-se a evolução da população carcerária no Brasil, que alcançava 90 mil pessoas em 1990 e alcançou 726,7 mil pessoas em 2016. Dentre esses, 55% têm entre 18 e 24 anos de idade (CNPCP, 2019). Limitar o processo de reinserção dos presos somente serviria para incrementar a já robusta população carcerária, com 322 pessoas presas para cada 100.000 habitantes. Em 2021, passamos de 745.000 pessoas encarceradas, de acordo com o Departamento Penitenciário Nacional.

A solução para a superpopulação carcerária ultrapassa a mera construção de novas unidades e disponibilização de vagas, mas recai na efetiva utilização de medidas alternativas à prisão. O aperfeiçoamento dos atores do sistema de justiça quanto às possibilidades de imposição de medidas diversas é uma proposta salutar feita pelo

conselho, assim como é sugerida a expansão do acordo de não persecução penal para um sistema aderente ao *plea bargaining*, tão difundido nos Estados Unidos e aplicável a todo tipo de delito.

Apesar dos números apresentados neste estudo, considerando que a maior parte dos presos se encontra detido por roubo (27,58%), tráfico de drogas (24,74%) e homicídio (11,27%) (CNPCCP, 2019), as prisões seriam condizentes com os objetivos estabelecidos no combate à criminalidade em duas de suas diretrizes: crimes violentos e o tráfico de drogas.

De fato, em consonância com os dados que se vê, 63,59% dos presos no sistema prisional dizem respeito aos crimes que mais impactam a sociedade brasileira (roubo, tráfico de drogas, homicídio) e que fazem o cidadão experimentar angustiante sentimento de medo e de sensação de impunidade. (CNPCCP, 2019, p. 30)

Continuando a análise dos dados, é interessante que os crimes contra a administração pública representam apenas 0,32% da população carcerária sendo que o combate à corrupção também compõe uma das diretrizes da luta contra a criminalidade no país. Esses dados demonstram que o sistema de justiça e o cárcere no Brasil não se dirigem a toda criminalidade.

O tráfico de drogas, como forma de criminalidade diferenciada, possui potencial de organização e financiamento peculiares à sua forma de execução. A análise dos dados sobre as prisões por tráfico de drogas, um crime capaz de movimentar “no planeta cifras que representam três vezes o Produto Interno Bruto – PIB do Brasil, a ponto de transformar-se em um dos maiores empreendimentos financeiros do mundo” (CNPCCP, 2019, p. 27), destoa de um efetivo combate a esse tipo de crime.

A tese de doutorado de Semer (2019) dá conta que as pessoas efetivamente presas pelo tráfico de drogas são jovens de classe baixa, primários, negros ou pardos e defendidos pela Defensoria Pública, presos em flagrante, que representa 88,75% das prisões por esse tipo de infração, além daqueles detidos com pequena quantidade de drogas. Sua prisão apenas abre espaço para que um novo jovem e negro tome seu lugar, e que logo será preso, alimentando o ciclo de encarceramento da pequena traficância. Aqueles efetivamente beneficiados com a venda ilícita de drogas não são

alcançados pelas investigações e prisões. Prende-se com volume, mas com pouca efetividade.

Para adequação da atuação estatal sobre essa criminalidade, o Conselho propõe adequações à legislação quanto à definição de usuário por um critério objetivo, ou seja, a quantidade de drogas encontrada em poder do suspeito. O critério reduz o subjetivismo quanto ao enquadramento da conduta como tráfico de drogas ou como usuário da substância entorpecente, mas não indica como deixará de atuar majoritariamente sobre as mulas do tráfico.

No que se refere ao combate à corrupção, os dados demonstram uma notável sub-representação da população carcerária, reforçando a seletividade da atuação do sistema de justiça. O Brasil ocupa a 96ª posição de um universo de 180 países no ranking da Transparência Internacional sobre o índice de percepção da corrupção, mas tem ínfima população carcerária por crimes correlatos a corrupção.

O estado encarcerador e o discurso de enfrentamento ao sentimento de impunidade generalizado na população, caminham para um Estado autopiético, e a guerra ao crime em nome da segurança do cidadão de bem contra os que não cumprem seus deveres. Ocorre que o sistema punitivo nacional não é de forma alguma leniente com camadas específicas da população.

O membro do Conselho Nacional de Justiça – CNJ, Mário Guerreiro, no texto ‘O encarceramento tem cor’, afirma que “praticamente toda a população carcerária do Brasil é negra. É algo que chama a atenção e precisa ser estudado”. A agência de notícias do Conselho Nacional de Justiça corrobora a afirmação.

A informação foi reforçada pelos dados apresentados por Edinaldo César Santos Junior, coordenador executivo do Encontro Nacional de Juízas e Juizes Negros (ENAJUN) e juiz do Tribunal de Justiça de Sergipe (TJSE). “Cerca de 63,7% da população carcerária brasileira é formada por negros. E isso são dados de 2017 do Departamento Penitenciário Nacional (DEPEN)”, afirmou. Por que será? Por que são pobres? Por que a maioria dos pobres é negra? O encarceramento tem cor. (CNJ, 2020, não paginado)

Percebe-se que o sistema de justiça nacional é tratado como excessivamente garantista e, por isso, promotor da impunidade. O mesmo discurso foi utilizado por

Francisco Campos por ocasião do Código Penal de 1936, muito antes das discussões contemporâneas em torno do garantismo nos moldes propostos por Ferrajoli.

A reação que se desenha na atualidade ao garantismo penal decorre do apego à tradição autoritária e ao discurso punitivista que historicamente encontra tração no Brasil, um país marcado pela impunidade. Ainda que seja empregada a qualificação de que o ordenamento brasileiro é um sistema hipergarantista ou leniente. No entanto, quando se analisa os dados de encarceramento, que ocupava em 2014 o quarto lugar no ranking de pessoas presas, com aproximadamente 564.000 encarcerados (FRANÇA, 2015), e em 2021 mais de 690.000 pessoas.

Tais quantitativos indicam que o Brasil encarcera sua população cada vez mais, mas a clientela usual do sistema penitenciário é selecionada. Cada vez mais pobres e pretos, condenados majoritariamente por crimes cometidos pelos espectros mais vulneráveis da sociedade.

3.2 PRÁTICAS ANTIGARANTISTAS NO SISTEMA DE REPRESSÃO POLICIAL

A atuação das instituições de repressão, notadamente as polícias, pode ser lida pelas estatísticas de prisões e pelas diretrizes do Plano Nacional de Políticas Criminais no Brasil. Ocorre que, para além dos resultados no encarceramento, as práticas punitivistas e antigarantistas também podem ser percebidas por outros ângulos da repressão. Instituições efetivamente democráticas devem atuar de forma transparente e com máximo respeito aos direitos e garantias individuais. A observância ao sistema de garantias, conforme Ferrajoli (2014), exige a máxima racionalidade na aplicação da sanção e a minimização da violência estatal.

O que se observa, contudo, além das estatísticas do sistema prisional, explicadas por Wacquant (2007), é a intensa violência policial na atuação com a parcela pobre e excluída da população. Não se trata de releitura da seletividade no campo normativo ou na política de segurança pública, refletidas no encarceramento, mas na

desumanização do tratamento dispensado às pessoas e na utilização das forças de segurança como instrumento de controle da sociedade. Tal discussão foi aventada por Martins (2017).

Nesse contexto, faz-se fundamental refletir sobre a violência da polícia e a letargia, muitas vezes conveniente, da justiça quanto a esse cenário. Quem é o real infrator? A ele, não importa a classe social, a imposição dos ditames da lei, porém, com respeito à dignidade da pessoa humana e ao devido processo legal. No entanto, como esse caminho quase sempre é desvirtuado, faz-se importante as questões: Por que a violência contra as classes sociais subalternas ocorre com tanta frequência levando a instituição policial ser conhecida mundialmente como uma das que mais desrespeitam os direitos humanos no Brasil? (MARTINS, 2017, p. 7)

Essa violência policial contra indivíduos e grupos é referida como violência oficial, presente nas sociedades contemporâneas e tolerada em graus diversos. Essa variável na tolerância à violência oficial “está ligada à violência estrutural – que se manifesta nas desigualdades sociorraciais –, mas não pode ser reduzida a esta última” (MACHADO; NORONHA, 2002, p. 189). Além de atuar na manutenção da ordem social posta, reforça a violência estrutural, o tratamento aos segmentos marginalizados também varia com a existência e efetividade de instrumentos de controle institucionais.

A insuficiência desses sistemas de controle possibilita a violência direta, interpessoal, assim como “a percepção de perda de controle sobre a criminalidade faz com que setores da sociedade desenvolvam comportamentos autoritários, apoiando excessos da polícia contra responsáveis por delitos grandes ou pequenos” (MACHADO; NORONHA, 2002, p. 189).

A tolerância para com a violência estrutural em uma sociedade capitalista é ilustrada com a discrepância nos dados sobre violência policial no Brasil. Segundo o Atlas da Violência de 2016 (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2016) e 2018 (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2018), o Sistema de Informações sobre Mortalidade – SIM é a principal fonte de dados e tem os registros mais confiáveis sobre mortes violentas intencionais, pois tem abrangência nacional, consistência e confiabilidade metodológica acerca da violência letal desde 1979. Entretanto, essa confiabilidade não é observada quando se trata de mortes decorrentes do emprego de violência estatal.

Segundo os estudos, mortes decorrentes de violência empregada por agentes do Estado sofrem de maciça subnotificação. A título de exemplo, no ano de 2004, o primeiro da série histórica, apenas 10 Estados da federação notificaram mortes por intervenção legal de agentes estatais. O Estado do Espírito Santo notificou sua primeira morte por intervenção legal por agentes do estado em 2008, outra morte em 2009, seguida por um hiato até 2013, quando notificou três mortes. O Amazonas até 2016 não havia feito qualquer notificação, Amapá e Acre reportaram mortes apenas em 2007, sendo duas em cada.

Por outro lado, o Estado do Espírito Santo manteve, até 2010, segundo a mesma base de dados, uma taxa de homicídios superior a 50 para cada 100 mil habitantes; o Amazonas observa uma taxa crescente, de 21,1 em 2006 para 36,3 em 2016; o Estado do Acre experimentou um pico de 44,4 mortes para cada 100 mil habitantes, em 2016, o mesmo ocorrendo com o Amapá, com 48,7 para cada 100 mil habitantes.

A discrepância entre os dados é apontada no Atlas da Violência de 2018, já que as notificações ao SIM, na categoria intervenções legais e operações de guerra, quando comparada com as informações sobre mortes decorrentes de intervenções policiais no Anuário Brasileiro de Segurança Pública (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2017) apresenta uma diferença de até 67,5%.

Os estudos concluem também que as mortes violentas com causa indeterminada aumentaram em 25,6% entre 2017 e 2018 (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2020). Essa categoria engloba suicídios, acidentes ou mesmo homicídios, mostrando a perda de qualidade dos dados com o aumento da notificação, em especial com a consideração de que algumas pesquisas estimam que 73,9% das mortes violentas com causa indeterminada no Brasil se referem, em realidade, a homicídios.

Chama atenção também a pesquisa do Fórum Brasileiro de Segurança Pública, que começou a monitorar as mortes em decorrência de intervenções policiais em 2013 utilizando informações das Secretarias de Segurança Pública e do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Segundo o Anuário Brasileiro de Segurança Pública, 2021 foi o primeiro ano em que foi observada uma queda no número de

mortes decorrentes do emprego de violência oficial, com 6.145 óbitos. Partindo de 2.212 mortes em 2013 e chegando a 6.412 mortes em 2020, verifica-se um incremento substancial das mortes intencionais causadas por intervenções policiais que alcança 12,9% das mortes violentas intencionais (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022). Importante destacar que pelos levantamentos, o Estado do Amapá, que notificou o SIM, em 2007, com duas mortes naquele ano, apresenta:

[...] a polícia mais violenta do país, onde a taxa de pessoas mortas pela polícia chegou a 17,1 por grupo de 100 mil habitantes, quase 6 vezes a média nacional de 2,9 por 100 mil. É importante destacar que esta taxa é a maior já verificada desde que monitoramos o fenômeno nacionalmente, e mesmo em países com forte tradição autoritária e cujas polícias tendem a ser violentas não se tem notícias de padrão de uso da força similar. (FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022, p. 79)

Outro caso relevante é o do Estado de São Paulo que reduziu em 30% o total de vítimas de letalidade no emprego das forças policiais, atribuindo-se a redução a alterações institucionais na Polícia Militar, sobretudo com a adoção de câmeras corporais nas fardas dos policiais. A expressividade da redução indica que o incremento da transparência e do controle sobre a atuação da Polícia diminui sua letalidade. Pode-se concluir que a letalidade da violência oficial não resiste aos registros e a verificabilidade do respeito a direitos humanos, sofrendo drástica redução.

Para além da insegurança das informações prestadas, como apontam os dados do SIM, as estatísticas ilustram uma polícia letal, ainda que considerada essa primeira redução na série histórica. A parte mais relevante da análise talvez seja o perfil das vítimas da violência oficial que se mantém dentro das conclusões de Wacquant (2007): o jovem preto marginalizado, na esmagadora maioria das vezes.

Os dados coligidos nas pesquisas do Fórum Brasileiro de Segurança Pública apontam que 99,2% das vítimas fatais de intervenção policial no Brasil são homens, com 74% na faixa etária de 29 anos de idade, sendo a maior parte da violência sofrida por aqueles que contam entre 18 e 24 anos, com 43,6% dos casos. Já quanto a um critério racial, os brancos foram vitimados em 15,8% dos casos com identificação racial; os negros figuraram em 84,1% das ocorrências que identificaram as vítimas por um perfil racial. O perfil daqueles vitimados diuturnamente pela violência policial é assustador,

pois foi constatado que no Brasil o jovem negro é exatamente o perfil que atulha as prisões. Em carta entregue aos presidentiáveis por ocasião das eleições de 2022, o Instituto Brasileiro de Ciência Criminais – IBCCRIM corroborou essa realidade, afirmando que “pretos e pardos apresentam maior grau de experiências negativas com as polícias (prisões ilegais, tortura, agressões físicas e verbais, constrangimentos ilegais, abusos de autoridade e outros)” (IBCCRIM, 2022), relacionando também as experiências com o aparato repressivo à condição socioeconômica da pessoa.

Por outro lado, a redução da letalidade percebida entre 2020-2021 reforça esse indicativo da seletividade do sistema de repressão. Conforme dados analisados pelo Anuário Brasileiro de Segurança Pública, a redução na letalidade foi sensivelmente percebida na violência praticada contra a população branca. Ao passo que a redução da letalidade na violência empregada contra a população negra recuou 5%, a violência contra a população branca caiu 30,9% entre os dois anos. A violência diferenciada pela raça é latente, não apenas nos números absolutos, mas também nos indicativos de redução da letalidade, que demonstram a violência estrutural e racista do sistema repressivo. Essa realidade não se limita ao Brasil já que “estudos indicam que a raça-cor dos suspeitos constitui fator importante para determinar se este é percebido como um perigo ou não, resultando em muitos estudos sobre *“implicit bias”*, ou viés implícito”.

Esse resultado estatístico é perpetuado por uma cultura institucionalizada nos órgãos de segurança pública no Brasil. O chamado tirocínio policial nada mais é do que práticas e conhecimentos informais, transmitidos por policiais mais experientes aos menos experientes, com a finalidade de identificar o sujeito criminoso (ANUÁRIO BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA, 2022):

Enquanto conjunto de símbolos e comportamentos que, embora diretamente referentes à negritude e ao universo popular periférico, não falam diretamente em raça: não se aborda o negro pela cor da pele ou pelos traços negroides que carrega, mas pela forma como anda, veste, fala; por ter “atitude suspeita”.

Essas práticas repressivas com desrespeito aos direitos humanos, em especial pelo perfil discriminatório, decorrem de uma demanda social historicamente reconhecida

em práticas racistas e discriminatórias no Brasil, reforçadas pela cultura institucional dos órgãos de repressão e pela fragilidade dos mecanismos de controle.

3.3 TENDÊNCIAS (ANTI)GARANTISTAS NA PRÁTICA DECISÓRIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

Com as considerações feitas no primeiro capítulo desta pesquisa, pode-se afirmar que a partir do movimento de redemocratização após o período ditatorial vivido pelo Brasil, o ordenamento jurídico e a Constituição Cidadã nitidamente abarcam dogmas garantistas, sobretudo penais. Contudo, a descrença no sistema penal por parte da população, assim como a sensação latente de impunidade, fomenta a ideia de que é necessário maior rigor jurídico.

O movimento democrático que culminou na elaboração da Constituição de 1988 confrontou a experiência ditatorial do país, fundada em um modelo de estado punitivista e sem grandes considerações pelos direitos individuais. Esse novo paradigma trouxe, em primeiro plano, valorização dos direitos e garantias fundamentais, limitação e racionalização ao direito de punir do Estado e princípios iluministas, caminhando a passos largos em direção a um sistema muito mais garantista, do ponto de vista penal, do que o até então vigente. Isso porque o modelo garantista é propositivo, ideal, jamais plenamente satisfeito, portanto, sempre aprimorável. As conquistas alcançadas foram muitas e sensíveis. Direitos fundamentais foram resgatados e garantias estabelecidas, sem olvidar que ainda há um longo caminho a ser percorrido para consolidar as liberdades custosamente resgatadas.

Críticas apontadas nesse trabalho à doutrina garantista no Brasil têm em comum a afirmação de que sua adoção configura um dos fatores ao aumento de impunidade e da ineficiência do sistema de justiça, pela observância exagerada dos direitos individuais em detrimento da pacificação social e da segurança pública.

Um emblemático exemplo que corroboraria tais críticas foi a edição, pelo STF, da Súmula Vinculante n. 11 (BRASIL, 2008). Esta súmula regulamentou o uso de algemas, limitando-o a casos excepcionais. Parece uma simples interpretação com viés garantista daquilo que seria uma imposição por vezes desnecessária de mais uma restrição de liberdade. O que ocorre é que a discussão se tornou objeto principal de um grande debate. Essa seletividade da observância de garantias de acordo com o investigado foi tão largamente criticada no meio jurídico que ganhou a alcunha de “Súmula Cacciola-Dantas” (MACEDO, 2008). A atípica celeridade na análise do caso, assim como a alteração do foco principal de discussão, demonstra que não se trata da regra, mas de um perigoso casuísmo jurisdicional.

A dissertação de mestrado de Dorneles-Júnior (2018) acompanhou as audiências de Custódia no Espírito Santo, na forma de uma etnografia. Sua pesquisa demonstrou que:

De todas as audiências acompanhadas, apenas um magistrado espontaneamente ordenou a retirada das algemas dos presos. Foi observado que 89,55% das audiências de custódia, percentual correspondente a 120 de 134 audiências, foram realizadas com os custodiados algemados. A utilização de algemas nas audiências de custódia é regra que reina absoluta, e com raras exceções é questionada, mesmo pela defesa dos custodiados. (DORNELES-JÚNIOR, 2018, p. 56)

A argumentação utilizada para manter o uso de algemas é a integridade física dos próprios custodiados, ainda que tenha se observado a presença constante de agentes penitenciários treinados e armados, em todos os atos. E que nos casos em que se tratava de mais de um custodiado, foi observado a presença de maior quantitativo de agentes, sempre devidamente paramentados.

Além disso, o uso das algemas deixou transparecer claramente a presunção de culpabilidade que os agentes penitenciários possuem sobre os custodiados. No mesmo dia no qual as audiências foram presididas pelo magistrado que ordenava a retirada das algemas, em conversa com os agentes penitenciários, percebeu-se o inconformismo e o sarcasmo com o uso de algemas é tratado: "esse é aquele juiz que pede para retirar as algemas, por mim teria uma algema em cada braço e perna!". Em outra oportunidade a conduta de uma defensora, conhecida por solicitar a retirada das algemas dos custodiados, foi escarneada por um agente penitenciário: "acredita que tem uma defensora que faz pedido de retirada de algemas todas as vezes? Nunca foi autorizada! - risos. É horrível, pois a audiência demora muito". (DORNELES-JÚNIOR, 2018, p. 52)

Outro exemplo na mesma linha diz respeito às conduções coercitivas de acusados, instrumento que foi largamente utilizado pela polícia em todo país, quando necessário a esclarecimento de fatos ou em decorrência de desatendimento de intimações, conforme previsto no artigo 260 do Código de Processo Penal:

Art. 260. Se o acusado não atender à intimação para o interrogatório, reconhecimento ou qualquer outro ato que, sem ele, não possa ser realizado, a autoridade poderá mandar conduzi-lo à sua presença. Parágrafo único. O mandado conterà, além da ordem de condução, os requisitos mencionados no art. 352, no que lhe for aplicável (BRASIL, 1941).

Decorre que, no curso da Operação Lava-Jato, tal instrumento ganhou a grande mídia com conduções coercitivas de grandes nomes da política nacional e, nesse contexto, o STF novamente se debruçou sobre a questão sob o argumento da espetacularização do procedimento e sua violação a direitos como o de não se incriminar e o direito ao silêncio, conforme ADPF 395 (BRASIL, 2018b) e 444 (BRASIL, 2018c).

Ocorre que pesquisando a jurisprudência anterior as ações mencionadas, julgadas em 2018, é fácil constatar que essa foi uma medida corriqueira na prática judiciária do país, pois ainda não havia um amplo debate sobre o tema até que o expediente começou a atingir as elites brasileiras (STJ, 2015a; 2015b).

Reverberando o sentimento de impunidade e o clamor popular por punições, a jurisprudência apresentou reações à doutrina de Ferrajoli (2014). O Tribunal de Justiça de Minas Gerais – TJ/MG apontou, em 2013, o exagero garantista como responsável pelo sentimento generalizado de impunidade, um hipergarantismo, por assim dizer, que considera que o direito individual estaria suplantando o interesse coletivo, este último, para o julgador, mais valioso (TJ/MG, 2013). Este mesmo fenômeno aconteceu, em 2004, no Tribunal de Justiça do Paraná – TJ/Paraná. Em 2019, o mesmo Tribunal foi além, não apenas afirmou a existência de um hipergarantismo, mas acusou as universidades brasileiras de propalá-lo:

Ato de barbárie cuja eventual tutela a título de hipergarantismo, afrontaria o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, fundamento do Estado Democrático de Direito e da República (art. 1º, III, CF) - inadmissibilidade absoluta - prevalência, do direito à vida, à segurança e à dignidade da pessoa humana, atualmente, pouco protegidos em face

do hipergarantismo apregoado nas universidades brasileiras nos últimos anos. (TJ/PR, 2019)

Com relação às classes menos abastadas, aquelas a quem as normas penais selecionam como clientela diuturnamente, as garantias são, na verdade de pouca valia. Ao contrário do que foi visto com a Súmula Vinculante n. 11 (BRASIL, 2008) ou com a interpretação dada às conduções coercitivas, a repressão direcionada é legitimada por decisões judiciais que buscam, em primeiro lugar, assegurar a punição pela prática de crimes, mas não de todos. Um emblemático exemplo dessa afirmação é a decisão do STF acerca da possibilidade de ingresso em domicílio sem mandado judicial. Em 2016, a Suprema Corte apontou critérios para o legítimo ingresso em domicílio, independentemente da existência de mandado judicial. Decidiu-se que:

Fixada a interpretação de que a entrada forçada em domicílio sem mandado judicial só é lícita, mesmo em período noturno, quando amparada em fundadas razões, devidamente justificadas a posteriori, que indiquem que dentro da casa ocorre situação de flagrante delito.

Parece inexistir qualquer incongruência entre a decisão e a inviolabilidade de domicílio, excepcionada na constituição justamente em hipótese de flagrante delito. O ponto é que o que deveria ser exceção, nesses casos virou regra. O Superior Tribunal de Justiça – STJ vem enfrentando a questão. Já assentou que denúncia anônima somada a fuga de possível suspeito não avaliza a violação de domicílio (STJ, 2020a), assim como a “fama de traficante” (STJ, 2020b) ou mesmo correr do portão ao ver uma viatura policial (STJ, 2020c). Exemplos que parecem triviais, mas chegaram ao STJ. Significa que existem processos baseados em diligências balizadas por esses e outros *standards*, muitas vezes prisões. Como afirmou o Ministro Antônio Saldanha Palheiro:

Quem que está com um pino de cocaína e vai levar a polícia espontaneamente ao local onde tem mais 40? Isso não é verossímil. Claro que não acontece dessa forma. E sempre a dinâmica é essa. Temos que começar a mitigar esse tipo de arroubo. (STJ, 2020)

E como se pode imaginar, a incidência dessa brusca relativização é sobre a criminalidade pobre: crimes contra o patrimônio e o pequeno tráfico de drogas. É aqui que se insere o alargamento, já que, por exemplo, no âmbito da Operação Lava-Jato, quantos domicílios foram violados sem mandado judicial? É razoável supor que uma parcela ínfima, se é que ocorreram. Não se pretende aqui discutir o acerto ou o

desacerto das decisões, mas chamar a atenção para o fato de que a doutrina garantista carrega a responsabilidade, no Brasil, de um sintoma anterior à própria teoria, ou seja, a impunidade.

Ilustrando esse pensamento, observa-se o julgamento da ADC n. 43 (BRASIL, 2019a) que, em apertada votação, decidiu pela constitucionalidade do artigo 283 do CPP que estabelece a necessidade do trânsito em julgado da condenação para cumprimento da pena privativa de liberdade. Leia-se trecho da manifestação da Advocacia-Geral da União – AGU que chama a atenção ao criticar o que entende ser um hipergarantismo.

Execução provisória de condenação penal. Artigo 283, caput, do Código de Processo Penal. A Constituição reserva tónicas normativas distintas para "presunção de inocência" (tratamento processual justo) e "vedação de prisões arbitrárias". A garantia do artigo 5º, LVII, não viabiliza, nem mesmo por intermediação legislativa, uma associação inflexível entre "execução antecipada da pena" e "prisão arbitrária". Fosse assim, o conceito de crime inafiançável não faria sentido. Conferir interpretação hipergarantista à presunção de inocência equivale a embotar os direitos fundamentais de vítimas e o valor do sistema de justiça para a coesão social. A revisão jurisprudencial de 2016 repõe senso de coerência normativa na proteção dos bens jurídicos básicos da sociedade.

No voto do Ministro Alexandre de Moraes, favorável à execução provisória da pena, o próprio julgador destaca o risco de desinformações, da polarização e de uma população alimentada incessantemente com frases prontas como “Direitos Humanos atrapalham o combate à criminalidade”; “o respeito ao Devido Processo legal, contraditório e ampla defesa impede a luta contra a corrupção”; “o STF precisa ouvir o clamor das ruas”; “os juízes precisam decidir de acordo com a vontade da maioria” e, mais recentemente, “o STF precisa ouvir o barulho dos motores de alguns caminhões”.

A relativização de garantias fundamentais para efetivar o combate à impunidade busca arrefecer o sentimento que corrói a sociedade brasileira. A resistência à observância rígida dos direitos e garantias fundamentais, notadamente da população marginalizada, empresta tração a pensamentos como o Garantismo Penal Integral de Fischer (2004; 2009).

Em uma pesquisa no sistema de buscas no sítio eletrônico do STF, vê-se que a expressão “garantismo penal integral” não é encontrada nas ementas de nenhum dos julgados, sendo encontrado apenas pela referência à obra “Garantismo Penal Integral”, que é uma coletânea de trabalhos e abarca também outros temas. Apesar da expressão ser encontrada em apenas 4 acórdãos do STF, sem menção expressa na ementa dos julgados, vê-se em dois deles – como no HC n. 126.292 (BRASIL, 2016) – um diálogo com postulados do garantismo penal integral, sobretudo quanto à possibilidade de relativização de direitos e garantias na busca por eficiência e efetiva proteção à segurança dos cidadãos.

No referido julgado se discutiu a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade quando confirmada por Tribunal em segundo grau de jurisdição. Por maioria de sete a quatro, e nos termos do voto do relator, Ministro Teori Zavascki, o plenário deliberou pela possibilidade da execução da pena após a confirmação, entendendo que não haveria violação à presunção de inocência a execução provisória da pena. O entendimento adotado nesse julgado contraria a posição até então adotada pela Suprema Corte, conforme o HC n. 84.078, de relatoria do ministro Eros Grau (BRASIL, 2010), que rejeitava essa possibilidade. Analisando o voto do ministro Teori Zavascki, vê-se que ele destaca como questão central uma reflexão sobre:

(b) busca de um necessário equilíbrio entre esse princípio e a efetividade da função jurisdicional penal, que deve atender a valores caros não apenas aos acusados, mas também à sociedade, diante da realidade de nosso intrincado e complexo sistema de justiça criminal. (BRASIL, 2016).

Esse argumento de ponderação da efetividade da jurisdição penal e as garantias do acusado são vistos também em outros votos apresentados. O ministro Luís Roberto Barroso, por exemplo, tratando do aparente confronto de normas constitucionais, opõe a presunção de inocência com “o interesse constitucional na efetividade da lei penal, em prol dos objetivos (prevenção geral e específica) e bens jurídicos (vida, dignidade humana, integridade física e moral, etc.) tutelados pelo direito penal” (BRASIL, 2016, p. 40). Ele afirma também que:

O sacrifício que se impõe ao princípio da não culpabilidade – prisão do acusado condenado em segundo grau antes do trânsito em julgado – é superado pelo que se ganha em proteção da efetividade e da credibilidade da Justiça, sobretudo diante da mínima probabilidade de reforma da condenação, como comprovam as estatísticas. Essa conclusão é reforçada

pela aplicação do princípio da proporcionalidade como proibição de proteção deficiente. (BRASIL, 2016, p. 42)

E prossegue para dizer que com a sentença condenatória ter-se-ia “sensível redução do peso do princípio da presunção de inocência e equivalente aumento do peso atribuído à exigência de efetividade do sistema penal” (BRASIL, 2016, p. 45). A segurança pública e a efetividade da jurisdição penal, com a ponderação de garantias individuais, tem guarida na proposta dos integralistas. Ainda que com o julgamento das ADCs números 43 (BRASIL, 2019a), 44 (BRASIL, 2019b) e 54 (BRASIL, 2019c) houve um recuo desse posicionamento, mas não deixa de ser relevante as ideias da corte quanto a essa relativização.

A mais recente referência ao garantismo penal integral na Suprema Corte é a ADI n. 6.225, de relatoria da Ministra Cármen Lúcia (BRASIL, 2021a). Nele, há referência expressa à doutrina de Fisher, abordando o dever de proteção estatal, o dever de segurança e, portanto, o que chama de garantismo positivo, que deveria ser observado da mesma forma que o garantismo negativo, calcado na limitação de possíveis excessos estatais. Ainda que nesse último julgado a ponderação entre garantias não tenha a mesma dimensão que teve no HC n. 126.292 (BRASIL, 2016), é relevante que a doutrina de Fischer tenha sido textualmente utilizada, demonstrando que ganha corpo para fundamentar posicionamentos que não são inéditos na Suprema Corte.

Também cumpre mencionar a resistência da Suprema Corte a avanços garantistas apresentados pela via legislativa. A lei n. 13.964 (BRASIL, 2019e) trouxe diversas alterações ao sistema de justiça criminal do Brasil, entre elas o Juiz das garantias, a quem incumbiu textualmente o controle da legalidade da investigação criminal e a proteção dos direitos individuais e cuja eficácia foi suspensa pelo Supremo Tribunal Federal em medida cautelar no bojo da ADI 6.299 (BRASIL, 2021b).

A ação mencionada também abarcou outros dispositivos do chamado “pacote anticrime”, mas é dado enfoque à suspensão desse instituto pela dimensão que tem na estrutura do sistema de justiça, ao criar verdadeira regra de impedimento ao Juiz que supervisionou a investigação para atuar em eventual ação penal que se suceda, objetivando assegurar maior isenção ao julgamento. Muitos dos argumentos utilizados

pelo Ministro Luiz Fux para a suspensão dos dispositivos referentes ao juiz das garantias retratam possível vício de iniciativa para proposição sobre matéria de organização judiciária, ou sobre a viabilidade orçamentária, financeira e normativa para a reestruturação pretendida pela lei, assinalando, por exemplo que:

Essas questões práticas ganham outra dimensão quando se verificam realidades locais, relativamente à ausência de magistrados em diversas comarcas do país, o déficit de digitalização dos processos ou de conexão adequada de internet em vários Estados, as dificuldades de deslocamento de juízes e servidores entre comarcas que dispõem de apenas um único magistrado, entre outras inúmeras situações. (BRASIL, 2021, p. 20)

Para o escopo dessa pesquisa, ainda que analisada superficialmente, interessa o argumento da inconstitucionalidade material do instituto pelo possível “impacto da medida na eficiência dos mecanismos brasileiros de combate à criminalidade” (BRASIL, 2021, p. 21). Frisando que não se trata de caráter exauriente, o Ministro Luiz Fux analisa que experiências percebidas no Direito comparado não correspondem, necessariamente, a um sucesso no ordenamento pátrio, pela necessidade de cotejar a medida com as particularidades e arranjos institucionais do país.

A existência de estudos empíricos que afirmam que seres humanos desenvolvem vieses em seus processos decisórios não autoriza a presunção generalizada de que qualquer juiz criminal do país tem tendências comportamentais típicas de favorecimento à acusação. (BRASIL, 2021, p. 29)

Para o relator, a implementação do juiz de garantias com a finalidade de fortalecer a imparcialidade do órgão julgador tem como premissa uma presunção generalizada de favorecer a acusação. Aliada à morosidade dos juízos criminais, sobrecarregados com o volume de trabalho, o juízo de garantias seria prejudicial à duração razoável dos processos e, como consequência, atuar no incentivo à impunidade. Denota-se novamente o discurso de eficiência na imposição da sanção penal como argumento que incorre na flexibilização de direitos fundamentais.

As práticas tidas como antigarantistas ou com derivações incongruentes do garantismo, apresentadas nesse capítulo, auxiliam na demonstração de que não existe um sistema garantista, muito menos caracterizado por um “hipergarantismo”. Na verdade, o que a análise dos dados indica é que a realidade do sistema de justiça brasileiro, em diversos níveis, afasta-se da maximização das liberdades e não guarda como máxima a *legge del più debole*. Vale destacar que o caráter contramajoritário

característico da jurisdição se funda na necessidade de se assegurar valores fundamentais de um Estado Democrático de Direito.

A aprendizagem da democracia revela também seus equívocos quanto à representatividade dos interesses e dos interessados. Se por um lado o princípio da maioria admite a igualdade de participação universal, por outro lado não significa a certeza da preservação ou da representação do interesse universal. (CHAI, 2007, p. ???)

Os mais fracos, ou seja, negros, pobres e marginalizados são o foco de atuação do sistema de justiça que, buscando legitimação no combate à impunidade, continua a reforçar uma superestrutura de gerência da miséria através do encarceramento e da violência estatal.

CONCLUSÃO

O objetivo desta pesquisa foi compreender o garantismo em uma sociedade democrática, contextualizando seu surgimento e os desafios que a realidade impõe a um modelo garantista. O lugar privilegiado que o Direito Penal tem para a compreensão do modelo pensado por Luigi Ferrajoli não o condiciona ou limita, seu destaque decorre da clareza com que o Direito Penal se relaciona com as liberdades individuais e por tutelar o exercício do poder de punir, grau máximo da atuação estatal sobre o cidadão.

Partindo desta compreensão, no primeiro capítulo foi feita uma análise histórica da construção do constitucionalismo garantista e contrapontos essenciais com o constitucionalismo principialista, como a ausência de distinção qualitativa entre princípios e regras e a separação entre o direito e a moral. Essas diferenças na construção das bases teóricas do constitucionalismo reverberam na forma como o garantismo é compreendido no Brasil. O constitucionalismo garantista busca limitar os espaços de discricionariedade e a influência de critérios metajurídicos, fortalecendo os vínculos do julgador com o texto, ao passo que o constitucionalismo principialista fomenta critérios de ponderação e a aproximação do direito com a moral, ao menos na perspectiva de Robert Alexy, ressaltadas as críticas postas por Habermas e Dworkin. O Brasil tem inclinações a este último.

É pouco controvertido que a Constituição brasileira dialoga com o pensamento garantista, e não são poucas as disposições trazidas pela constituinte de 1987, como a presunção de inocência, o devido processo legal, a vedação às penas desumanas ou cruéis, assim como diversas outras. Ocorre que a leitura dessa carta pela ótica de um constitucionalismo principialista e a larga utilização da ponderação na solução de conflito aparente de disposições constitucionais fortalece, no sistema jurídico, juízos essencialmente subjetivos, como moralidade e justiça. Tal fato traz como consequência o cognitivismo ético, pois fragiliza a normatividade esperada dos preceitos constitucionais em um constitucionalismo garantista.

Não é verdade, contudo, que exista uma diferença insuperável e que epistemologicamente o constitucionalismo principialista rechace as proposições do

garantismo, sobretudo, o penal. O que se verifica, na realidade, conforme foi constatado nesta pesquisa quando abordada a prática decisória dos Tribunais: o constitucionalismo principialista possibilita uma observância relativizada de direitos fundamentais caros ao sistema de garantias, e a respeito dos quais o constitucionalismo garantista não admite ponderação, por serem ali compreendidos como regras e, dessa forma, de observância integral e necessária.

A diferença estabelecida no campo constitucional reflete com clareza em um dos espaços de destaque do garantismo: o Direito Penal. Estabelecendo um sistema de vínculos claros e necessários ao poder punitivo, o garantismo penal sofre com a pecha de vetor da impunidade. Como resposta, interpretações como o garantismo penal integral, pensado por Douglas Fischer, advogam critérios de ponderação entre as garantias individuais e um direito da sociedade à segurança pública e à efetividade da administração da justiça, como forma de combater a impunidade. O ceticismo garantista com soluções que avalizam a relativização dos direitos de liberdade é incompatível com o pensamento de Fischer.

O garantismo penal integral, ao abordar axiomas garantistas com contraponto na efetividade da aplicação da sanção penal, afasta-se da *legge del più debolle*, portanto, do cerne da visão garantista do direito penal em uma sociedade democrática, mas se apoia no garantismo como retórica para a construção de um modelo que pode ser muitas coisas, menos garantista. O sentimento de impunidade e descrença na efetividade do sistema de justiça, sobretudo penal, é pedra angular de diversas críticas feitas ao garantismo de Ferrajoli. Ocorre que antes da impunidade, ou seja, a falha na aplicação da norma reguladora de determinada conduta, tem-se o processo de seleção dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal e, em última análise, a atribuição da qualidade de desviante a determinado comportamento que não se dá afastada da estrutura do tecido social que pretende normatizar.

No caso do Brasil, o direcionamento da estrutura repressiva aos marginalizados, em especial aos negros, é destacado pelas profundas marcas que a escravidão deixou na sociedade, reforçada diuturnamente pela manutenção de relações excludentes e pelo estigma de que o marginalizado e periférico é o sujeito que traz maior risco à paz social. Aqui, o rigor do combate à criminalidade pobre é protegido pelo sentimento

latente da ameaça que o 'outro' causa às classes dominantes, pelo simples fato de ser assim definido: o "outro", diferente, em síntese, é o marginalizado.

A pesquisa de Wacquant sobre a realidade do sistema prisional nos Estados Unidos permite conclusões perversas sobre as escolhas criminais e do papel do sistema penal em uma sociedade capitalista: a repressão ocupa o lugar do estado promotor de bem-estar social e faz a gestão da miséria, mirando os negros, hispânicos, pobres e marginalizados. Suas considerações sobre o aparato repressivo do Estado como instituição de controle de determinado espectro da sociedade são de uma atualidade desconcertante. A desigualdade no Brasil sempre foi vista com lamentável naturalidade e a massa de miseráveis, invisíveis em sua individualidade, mas ameaçadores como segmento social, pairando como um agouro sobre uma sociedade que não lhes reconhece e estigmatiza.

A teoria criminológica do etiquetamento leva a ponderação sobre as escolhas das condutas tidas por criminosas e, em última análise, quem são os criminosos. O sentimento de impunidade experimentado pela sociedade decorre dessa seletividade que não toca as elites e reprime os marginalizados. A repressão não é percebida, pois, sua clientela, individualmente considerada, é invisível à sociedade muito antes de seu recolhimento às prisões. Ficaria a indagação: o sentimento de impunidade poderia ser decorrente de uma postura "hipergarantista" no Brasil? Não parece ser o caso.

O sistema garantista, em âmbito penal, confronta essa lógica ao exigir um modelo de maximização de liberdades e vinculação estrita à razão, resultando no intransigente respeito aos direitos e garantias fundamentais, limitando o direito penal aquilo que é seu papel por excelência, a proteção de bens jurídicos. Não é um instrumento legítimo de controle social na ausência de políticas públicas inclusivas.

Além disso, a lógica de um direito penal máximo que possa combater o sentimento de impunidade, mas debruça seus esforços sobre aqueles que não são vistos pela sociedade, não tem como convencer pelos seus resultados. Tem-se um ciclo vicioso, o direito penal e o sistema repressivo se expandem para recaírem sobre o espectro social que a sociedade brasileira sempre se esforçou para manter distante de sua

vida. Prisões cheias da população mais miserável do país não vão arrefecer o sentimento de impunidade, pois a leniência não está naquele espectro. Práticas do sistema de justiça brasileiro corroboram o que Wacquant constatou nos Estados Unidos: um recrudescimento punitivo.

As diretrizes de políticas criminais no Brasil mantêm seu foco na criminalidade pobre, guardando especial atenção ao tráfico de drogas e a criminalidade que lhe orbita e ao combate à sensação de impunidade. Ainda que o combate à corrupção seja apontado como uma diretriz, poucos efeitos práticos dessa retórica são verificados. A população carcerária crescente continua preta, jovem, pobre e marginalizada, encarcerada por crimes patrimoniais e pela cruzada contra as drogas. Enquanto isso, a população carcerária continua sem representação significativa por crimes do colarinho branco. Nas periferias, o Estado-Policial atua fora da normalidade constitucional e a brutalidade da relação entre o cidadão e as policiais têm produzido estatísticas alarmantes que denunciam instituições racistas e desumanizadas, cujo produto é o encarceramento maciço do jovem negro e pobre no Brasil.

A política criminal traçada tem, em verdade, contornos de uma política de controle e gerenciamento da miséria, com o expansionismo e recrudescimento penal atuando como fiadores de um projeto que promete reduzir a revolta com a impunidade no Brasil, sem de fato combatê-la.

Decisões abordadas ao longo desta pesquisa ilustram que a leniência e a severidade do sistema de justiça têm destinatários bem definidos. O limite para o uso de algemas ganhou notoriedade quando alcançou as elites, o mesmo pode ser dito sobre as conduções coercitivas. Por outro lado, precisa ser reforçado pelo Superior Tribunal de Justiça que a fama de traficante não relativiza a inviolabilidade do domicílio. Não é necessário dizer que esses casos não ganham o mesmo destaque na sociedade brasileira. As casas invadidas não estão em Higienópolis.

O sistema de justiça brasileiro não parece tender ao garantismo (penal) pensado por Ferrajoli. Ainda que ostensivamente presente na Constituição de 1988, o prisma mais aderente a um constitucionalismo principialista, ainda que tenha seus méritos, permite o esvaziamento gradual de postulados garantistas, mediante sua ponderação com a

efetividade do sistema, o direito de todos a segurança pública e o combate à impunidade no Brasil. Afasta-se do garantismo sem negá-lo, mantendo a retórica de um direito penal e processual penal democrático. Dentro desse contexto, é possível compreender como o garantismo penal integral ganhou tração com uma leitura “adequada” da doutrina de Ferrajoli, na qual a observância de seus postulados é inversamente proporcional a sua necessidade. Um sistema penal que protege a parte mais forte para combater a impunidade e desloca sensivelmente a cifra de injustiça, como se espera de um estado policialesco.

O rompimento com a retórica de que o garantismo norteia a relação da sociedade brasileira com o emprego da violência estatal é essencial para trazer o debate para além do discurso patológico da impunidade de um populismo punitivo. A consciência por parte dos atores do sistema de justiça de que prisão e punição não são soluções efetivas para a ausência de políticas públicas é um primeiro passo para reduzir a brutalidade com que o aparato estatal recai sobre a população menos favorecida. A formação de uma polícia democrática que dispense a mesma dignidade nas comunidades e nos bairros mais abastados pode servir como ponte de diálogo entre dois extremos da sociedade brasileira e, através dele, o reconhecimento do outro como semelhante e a consequente reformulação da política criminal para algo diferente da atual guerra aos pobres.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 2008.

ALVES, Felipe Laurêncio de Freitas; JESUS, Thiago Allisson. Linguagem (não) estigmatizante em julgados no judiciário brasileiro. **Revista Direito e Práxis**, Rio de Janeiro, v. 13, n. 2, p. 752-780, 2022.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. Horizonte de projeção da política criminal e crise do sistema penal: utopia abolicionista e metodologia minimalista-garantista. In: FAYET-JÚNIOR, Ney; MAYA, André Machado. **Ciências penais: perspectivas e tendências da contemporaneidade**. Curitiba: Juruá, 2011.

ANDRADE, Vera Regina Pereira de. **Sistema penal máximo x cidadania mínima: códigos da violência na Era da Globalização**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

AVRITZER, Leonardo. O pêndulo da democracia no Brasil: uma análise da crise 2013-2018. **Novos estudos CEBRAP**, São Paulo, v. 37, n. 2, p. 273-289, 2018.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Rio de Janeiro: Editora Revan/Instituto Carioca de Criminologia, 2014.

BARBOSA, Caroline de Alencar. O mito judaico na Alemanha nazista e a perseguição aos judeus. **Cadernos do Tempo Presente**, n. 24, 2016.

BARRETO, Vicente de Paulo. **Dicionário de Filosofia do Direito**. São Leopoldo: Unisinos, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 9, 2007a.

BARROSO, Rosana. Da democracia formal à democracia substancial. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 1, 2007b.

BECKER, Howard S. **Outsiders: estudos de sociologia do desvio**. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

BITTAR, Eduardo Carlos Bianca; ALMEIDA, Guilherme Assis. **Curso de Filosofia do Direito**. São Paulo: Atlas, 2012.

BLEICHVEL, Marise Aparecida; LEAL, Rodrigo José. Reflexões sobre a Transformação do Objeto de Estudo da Criminologia. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**, v. 4, n. 4, p. 616-632, 2013.

BOVERO, Michelangelo. La filosofia política de Ferrajoli. In: GIANFORMGGIO, Letizia (Org.). **Las razones del garantismo**: discutiendo com Luigi Ferrajoli. Bogotá: Temis, 2008.

BRASIL. **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal**. 1941. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984. Institui a Lei de Execução Penal**. 1984. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Diário Oficial da União, 1988.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Súmula Vinculante n. 11**. Só é lícito o uso de algemas em casos de resistência e de fundado receio de fuga ou de perigo à integridade física própria ou alheia, por parte do preso ou de terceiros, justificada a excepcionalidade por escrito, sob pena de responsabilidade disciplinar, civil e penal do agente ou da autoridade e de nulidade da prisão ou do ato processual a que se refere, sem prejuízo da responsabilidade civil do Estado. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal, [2008]. Disponível em:

<https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/sumariosumulas.asp?base=26&sumula=1220#:~:text=S%C3%B3%20%C3%A9%20l%C3%ADcito%20o%20uso,e%20de%20nulidade%20da%20pris%C3%A3o>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Habeas Corpus n. 84.078/MG**. Inconstitucionalidade da chamada “execução antecipada da pena”. Art. 5º, LVII, da Constituição do Brasil, Dignidade da pessoa humana. Art. 1º, III, da Constituição do Brasil. Relator: Ministro Eros Grau, 5 de fevereiro de 2009. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=608531>. Acesso em: 25 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC n. 53.012/SP**. Recurso Ordinário de Habeas Corpus. Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz, 26 de março de 2015a. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/178707098>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC n. 55.361/DF**. Recurso Ordinário de Habeas Corpus. Relatora: Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 26 de junho de 2015b. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/202434951/certidao-de-julgamento-202434962>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **HC n. 126.292/SP**. Constitucional. Habeas corpus. Princípio constitucional da presunção de inocência (CF, ART. 5º, LVII). Sentença penal condenatória confirmada por Tribunal de segundo Grau de jurisdição. Execução provisória. Possibilidade. Relator: Teori Zavascki, 17 de fevereiro de 2016. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10964246>. Acesso em: 22 jul. 2022.

BRASIL. **Projeto de Lei n. 10.372**. Câmara dos Deputados. 2018a. Disponível em:
<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2178170>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 395/DF**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 14 de junho 2018b. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749901068>. Acesso em: 15 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADPF n. 444/DF**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. Constitucional. Processo Penal. Direito à não autoincriminação. Direito ao tempo necessário à preparação da defesa. Direito à liberdade de locomoção. Direito à presunção de não culpabilidade. Relator: Ministro Gilmar Mendes, 14 de junho 2018c. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=749900186>. Acesso em: 15 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 43/DF**. Direito Processual Penal. Ação Penal. Prisão Decorrente de Sentença Condenatória. Direito Administrativo e outras matérias de Direito Público. Garantias Constitucionais. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator do Acórdão: Ministro Edson Fachin. 2019a. Disponível em:
<https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4986065>. Acesso em: 15 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 44/DF**. Pena. Execução Provisória. Impossibilidade. Princípio da Não Culpabilidade. Surge constitucional o artigo 283 do Código de Processo Penal, a condicionar o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, considerado o alcance da garantia versada no artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, no que direciona a apurar para, selada a culpa em virtude de título precluso na via da recorribilidade, prender, em execução da sanção, a qual não admite forma provisória. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator do Acórdão: Ministro Edson Fachin, 07 de novembro de 2019b. Disponível em:
<https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754357598>. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADC n. 54/DF**. O Tribunal, por maioria, nos termos e limites dos votos proferidos, julgou procedente a ação para assentar a constitucionalidade do art. 283 do Código de Processo Penal, na redação dada pela Lei nº 12.403, de 4 de maio de 2011, vencidos o Ministro Edson Fachin, que julgava improcedente a ação, e os Ministros Alexandre de Moraes, Roberto Barroso, Luiz Fux e Cármen Lúcia, que a julgavam parcialmente procedente para dar interpretação conforme. Presidência do Ministro Dias Toffoli. Relator: Ministro Marco Aurélio. Relator do Acórdão: Ministro Edson Fachin, 7 de novembro de 2019c. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5440576>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRASIL. **Lei n. 13.964, de 24 de dezembro de 2019. Aperfeiçoa a legislação penal e processual penal**. 2019e. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13964.htm. Acesso em: 20 jul. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 609.072/SP**. Habeas Corpus substitutivo de recurso próprio. Tráfico de entorpecentes. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, 2020a. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/1101469612/inteiro-teor-1101469640>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **HC n. 720.178/SP**. Habeas Corpus. Relator: Ministra Laurita Vaz. 2020b. Disponível em: <https://www.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1201301&tipo=0&nreg=201001405121&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJqdr=&dt=20121213&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **RHC n. 126.092/SP**. Recurso Ordinário de Habeas Corpus. Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca. 2020c. Disponível em: <https://www.portaljustica.com.br/acordao/2464846>. Acesso em: 20 jun. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 6.225/DF**. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Conversão em julgamento definitivo. § 3º do Art. 326-A do Código Eleitoral, acrescentado pela Lei n. 13.834/2019. Divulgação de objeto de denúncia caluniosa eleitoral. Proporcionalidade da pena abstrata cominada. Inexistência de afronta aos princípios da individualização da pena e da liberdade de manifestação de pensamento. Ação Direta de Inconstitucionalidade julgada improcedente. Relator: Cármen Lúcia, 23 de agosto de 2021a. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stf/1273329281/inteiro-teor-1273329289>. Acesso em: 25 jul. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 6.299/DF**. Juiz de garantias e institutos correlatos. Acordo de não-persecução penal. Procedimentos de arquivamento de investigações criminais. Relator: Ministro Luiz Fux, 2021b. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=5840373>. Acesso em: 15 jun. 2022.

BRITO-JÚNIOR, Bajonas Teixeira de. **Lógica do Disparete**. Vitória: Edufes, 2001.

CALHAU, Lélío Braga. **Resumo de criminologia**. Niterói RJ: Impetus, 2009.

CARVALHO, José Murilo de. **Os bestializados: o Rio de Janeiro e a República que não foi**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. Os direitos sociais como categoria constitucional. **Direito Público**, v. 14, n. 81, 2019.

CARVALHO, Raphael Boldt. **Processo penal e catástrofe: entre ilusões da razão punitiva e as imagens utópicas abolicionistas**. Tese de Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais. Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, 2017.

CHAI, C. G.; GONÇALVES, A. B. A Corte Interamericana de Direitos Humanos e a desconsideração da prescrição da pretensão punitiva estatal no Caso Bulacio vs. Argentina – Punitivismo ou adequação do direito interno ao sistema regional de direitos humanos. **Conjecturas**, v. 22, n. 5, p. 30-49, 2022.

CHAI, Cassius Guimarães. **Jurisdição Constitucional Concreta em uma Democracia de Riscos**. São Luís: Ampem Edições, 2007.

CHAI, Cassius Guimarães; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo; ADORNO, Alberto Manuel Poletti. **Direitos Humanos e Desafios Constitucionais: no ocaso da Intolerância**. Campos dos Goytacazes: Brasil Multicultural, 2016.

COELHO, Luís Carlos Honório de Valois. **O direito penal da guerra às drogas**. Tese de Doutorado. Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **O encarceramento tem cor, diz especialista**. 2020. Disponível em: <https://www.cnj.jus.br/o-encarceramento-tem-cor-diz-especialista/>. Acesso em: 20 jul 2022.

CONSELHO NACIONAL DE POLÍTICA CRIMINAL E PENITENCIÁRIA [CNPCCP]. **Plano Nacional de Política Criminal e Penitenciária**. 2019. Disponível em: https://www.gov.br/depen/pt-br/composicao/cnpccp/plano_nacional/PNPPCP-2020-2023.pdf . Acesso em: 10 jul. 2022.

COPETTI-NETO, Alfredo, PINHO, Ana Cláudia. **Garantismo Integral: a “teoria” que só existe no Brasil**. 2017. Disponível em: <https://waltersorrentino.com.br/2017/07/28/garantismo-integral-a-teoria-que-so-existe-no-brasil-por-alfredo-copetti-neto-e-ana-claudia-pinho/>. Acesso em: 19 jan. 2021.

COPETTI-NETO, Alfredo; FISCHER, Ricardo Santi. O paradigma constitucional garantista em Luigi Ferrajoli: a evolução do constitucionalismo político para o

constitucionalismo jurídico. **Revista de Direitos Fundamentais & Democracia**, v. 14, n. 14, 2013.

COSTA, Álvaro Mayrink da. **Criminologia**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

CRUZ, Cláudia Maria. **Teoria da Ecologia Criminal e Defensoria Pública: a importância do controle social informal no combate ao crime**. 2018.

DIAS, Felipe da Veiga; AMARAL, Augusto Jobim. A violência (criminosa) da atuação penal estatal e sua insustentabilidade social: retratos de um estado de polícia brasileiro. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, Vitória, v. 20, n. 2, p. 193-224, 2019.

DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manuel da Costa. **Criminologia: o homem delinqüente e a sociedade criminógena**. Coimbra editora, 1997.

DIAS, Rebeca Fernandes. A Recepção da Escola Positiva e da Escola Clássica no Pensamento Criminológico Brasileiro pela Ótica de Moniz Sodr e e Filinto Bastos. **Sequência**, Florianópolis, n. 84, p. 129-154, 2020.

DORNELES-JÚNIOR, Heitor Brandão. **Corta essa, santinho!: a constru o do discurso da periculosidade nas audiências de custódias do Espirito Santo**. 2018. Disserta o (Mestrado em Segurança Pública). Universidade Vila Velha, Vila Velha, 2018. Disponível em: <https://repositorio.uvv.br/handle/123456789/582>. Acesso em: 15 jul. 2022.

EVANS, Richard. **O Terceiro Reich em Guerra**. São Paulo: Planeta, 2012.

FARIAS-JÚNIOR, João. **Manual de criminologia**. Curitiba: Juruá, 2006.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista. In: FERRAJOLI, Luigi; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (Orgs). **Garantismo, hermenêutica e (neo)constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Democracia y garantismo**. Madri: Trotta, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y razón**. Madrid: Ed. Trotta, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Raz n. Teoría del garantismo penal**. Madrid: Editorial Trotta, 1997.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e razão: a teoria do garantismo penal**. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2014.

FERRAJOLI, Luigi. **Epistemologia jurídica y garantismo**. México: Fontamara, 2004.

FERREIRA-NETO, Arthur Maria. O não cognitivismo moral e sua influência na fundamentação do empirismo jurídico norte americano. **Revista Quaestio Iuris**, v. 9, n. 3, p. 1414-1442, 2016.

FERRER, Flávia. Editorial. **Revista Jurídica do Combate à Impunidade**, v. 1, n.1, p. 9-10, 2019.

FIGUEIREDO, Francielle da Conceição Drumond. **O que (não) é garantismo jurídico**: as leituras distorcidas do paradigma garantista no Brasil. 2019. Dissertação (Mestrado em Direito). Centro Universitário FG. 2019. Disponível em: <https://repositorio.animaeducacao.com.br/handle/ANIMA/13753>. Acesso em 15 jun. 2022.

FISCHER, Douglas. Garantismo penal integral (e não o garantismo hiperbólico monocular) e o princípio da proporcionalidade: breves anotações de compreensão e aproximação dos seus ideais. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 28, 2009.

FISCHER, Douglas. O que é Garantismo Integral?. **Revista da Defensoria Pública do Estado do Rio Grande do Sul**, n. 9, p. 110-153, 2014.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2017**. 2017. Disponível em: https://www.forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2017/12/ANUARIO_11_2017.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Anuário Brasileiro de Segurança Pública 2022**. 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/06/anuario-2022.pdf?v=5>. Acesso em: 20 jul. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Atlas da violência 2016**. 2016. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/storage/publicacoes/FBSP_Atlas_violencia_2016.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Atlas da violência 2018**. 2018. Disponível em: https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2018/06/FBSP_Atlas_da_Violencia_2018_Relatorio.pdf. Acesso em: 20 jul. 2022.

FÓRUM BRASILEIRO DE SEGURANÇA PÚBLICA. **Atlas da violência 2020**. 2020. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2020/08/atlas-da-violencia-2020.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir. Nascimento da Prisão**. Lisboa: Edições 70, 2013.

FRADE, Laura. **O que o Congresso Nacional brasileiro pensa sobre a criminalidade**. Tese de Doutorado em Sociologia. Universidade de Brasília, 2007.

FRANÇA, Marlene Helena. Punitivismo e alternativas penais: o sistema penal brasileiro vai de encontro ao processo de redemocratização? **Gênero & Direito**, v. 4, n. 1, 2015.

GAIO, André Moysés, O Populismo punitivo no Brasil. **Revista Eletrônica de Ciências Sociais**, v. 5, n. 12, 2011.

GRECO, Rogério. **Direito Penal do Equilíbrio: uma visão minimalista do Direito Penal**. Niterói: 2009. Rio de Janeiro/RJ: Editora Impetus, 2016.

GUERRA, Marco Antônio. A teoria do Labeling Approach ou etiquetamento social e sua influência na utilização da medida cautelar da prisão preventiva. **Jures**, v. 14, n. 26, p. 73-99, 2021.

GUERRA, Maria Pia. Constitucionalismo no New Deal. **Observatório da Jurisdição Constitucional**, v. 1, n. 1, 2010.

HAUSER, Ester Eliana. **Modelos penais minimalistas: Contribuições e limites na reconstrução da legitimidade dos sistemas penais contemporâneos**. 2001. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Catarina, 2001. Disponível em: <https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/81846/181707.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em 28 ago. 2022.

HORTON, Paul B.; HUNT, Chester L. **Sociologia**. México: McGRAW-HIL, 1988.

IBCCRIM. **Carta do IBCCRIM aos Candidatos à Presidência**. 2022. Disponível em: <https://ibccrim.org.br/media/documentos/doc-26-09-2022-18-45-07-573109.pdf>. Acesso em: 6 out. 2022.

IPOLLITO, Dario. O garantismo de Luigi Ferrajoli. **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito**, São Leopoldo, v.3, n. 1, 2011.

JESUS, Thiago Allisson Cardoso; SANTOS, Maria Aparecida Conceição Mendonça. O Fenômeno dos Linchamentos na Perspectiva do Discurso da Imprensa Maranhense. **EALR**, v. 12, n. 3, p. 240-262, 2021.

MACEDO, Fausto. **Juízes se rebelam contra “Súmula Cacciola-Dantas” – Magistrados se dizem indignados com restrição do STF a uso de algemas**. O Estado de São Paulo. 2008.

MACHADO, Eduardo Paes; NORONHA, Ceci Vilar. A polícia dos pobres: violência policial em classes populares urbanas. **Sociologias**, n. 7, p. 188-221, 2002.

MARTINS, José Gilbert Arruda. Violência policial no Brasil: reflexões teóricas sobre a força policial como instrumento de repressão burguesa. **Hegemonia**, n. 22, p. 98-126, 2017.

MIRANDA, Fernando Silveira Melo Plentz. A mudança do paradigma econômico, a Revolução Industrial e a positivação do Direito do Trabalho. **Revista Eletrônica Direito**, v. 3, n. 1, p. 1-24, 2012.

MOURA, Clóvis. **A história do negro brasileiro**. São Paulo: Ática, 1989.

OLIVEIRA-FILHO, Enio Walcacer. A CRIMINALIZAÇÃO DO NEGRO E DAS PERIFERIAS NA HISTÓRIA BRASILEIRA. **Revista Vertentes Do Direito**, v. 3, n. 1, 60-75, 2016.

PASTANA, Débora. Justiça penal autoritária e consolidação do estado punitivo no Brasil. **Revista de Sociologia e Política**, v. 17, p. 121-138, 2009.

PEDRON, Flávio Quinaud; OMMATI, José Emílio Medauar. **Teoria do Direito Contemporânea: Uma análise das teorias jurídicas de Robert Alexy, Ronald Dworkin, Jürgen Habermas, Klaus Günther e Robert Brandom**. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Distribuidora, 2020.

PENTEADO-FILHO, Nestor Sampaio. **Manual esquemático de criminologia**. São Paulo: Saraiva, 2012.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de. **Para além do garantismo: uma proposta hermenêutica de controle da decisão penal**. Tese de Doutorado em Direito. Universidade Federal do Pará, Instituto de Ciências Jurídicas, Belém, 2011.

PINHO, Ana Claudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva. **Precisamos falar sobre garantismo: limites e resistência ao poder de punir**. São Paulo, Tirant lo Blanch, 2019.

PINHO, Ana Cláudia Bastos de; ALBUQUERQUE, Fernando da Silva; SALES, José Edvaldo Pereira. O garantismo (penal) de Luigi Ferrajoli: apontamentos (des)necessários a certas “críticas” Made in Brazil. **Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica**, Belo Horizonte, v. 17, n. 26, p. 155-186, 2019.

PRADO, Luiz Regis. **Garantismo jurídico-penal e Direito Penal do inimigo: uma palavra**. 2009. Disponível em: <https://irp.cdn-website.com/f6e36b8e/files/uploaded/garantismo%20e%20direito%20penal%20do%20inimigo.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2022.

RABUFFETTI, M. Susana Ciruzzi de. **Breve ensayo acerca de las principales escuelas criminológicas**. Buenos Aires: Fabián J. Di Placido, 1999.

RADBRUCH, Gustav. **Introducción a la Filosofía del Derecho**. México: Fondo de Cultura Económica, 2002.

RAMOS, Beatriz Vargas; CHAVES, Álvaro Guilherme de Oliveira. O garantismo penal integral e suas contradições com o garantismo penal de Luigi Ferrajoli. **Revista de Direito da Universidade de Brasília**, v. 4, n. 1, p. 102-126, 2020.

RESENDE, Glícia Paula. **Direito penal do inimigo, seletividade penal e a relativização de garantias segundo a teoria do garantismo penal de Luigi Ferrajoli**. 2015. Dissertação (Mestrado em Direito). Faculdade de Direito do Sul de Minas, Pouso Alegre, 2015. Disponível em: <https://www.fdsu.edu.br/conteudo/dissertacoes/6134d890a05ddacf92936bfb01a9469d.pdf>. Acesso em: 28 ago. 2023.

REVISTA JURÍDICA DO COMBATE À IMPUNIDADE. **Movimento de Combate à Impunidade**, v. 1, n.1, 2019. Disponível em: <https://direitopenalmilitarteoriacriticaepratica.files.wordpress.com/2019/08/revista-movimento-de-combate-a-impunidade-para-grafica.pdf>. Acesso em 10 jul. 2022.

RIBEIRO-JÚNIOR, Humberto. **Encarceramento em massa e criminalização da pobreza no Espírito Santo**: as políticas penitenciárias e de segurança pública do governo de Paulo Hartung (2003-2010). Vitória: Editora Causa, 2012.

RODRIGUEZ, Javier Lobet. **Nacional-socialismo e antigarantismo penal (1933-1945)**. São Paulo: Tirant Lo Blanch Teoria, 2019.

ROSA, Alexandre Moraes; ADEODATO, João Maurício Leitão; STRAPAZZON, Carlos Luiz; CADEMARTORI, Sergio Urquhart; TRINDADE, André KaraM; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de; COPETTI-NETO, Alfredo. **Garantismo Hermenêutica e Neo Constitucionalismo**: Um Debate Com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre: Livraria Do Advogado Editora, 2012

ROSA, Pablo Ornelas; RIBEIRO-JÚNIOR, Humberto; CAMPOS, Carmen Hein de; SOUZA, Aknaton Tokzec. **Sociologia da violência, do crime e da punição**. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2017.

ROXIN, Claus. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2018.

RUDNICKI, Dani. Criminologia e prisões: interesses no campo dos direitos humanos. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais**, v. 15, n. 1, p. 83-103, 2015.

SALES, José Edvaldo Pereira. **Autoritarismo e Garantismo Tensões na tradição brasileira**. São Paulo: Editora Tirant do Brasil, 2021.

SEMER, M. **Sentenciando tráfico: pânico moral e estados de negação na formatação do papel do juiz no grande encarceramento**. Tese de Doutorado em Direito. Universidade de São Paulo, São Paulo. 2019.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. São Paulo: Ed. RT, 2004.

SILVA, Carlos Henrique. Brasil, reflexões sobre a relação entre criminalidade, população e o controle social informal. **Revista Internacional da Associação Brasileira de Criminologia**, v.1, n. 1, 2017.

SILVA, Francisco Carlos Teixeira da. **O Século Sombrio**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2005.

SILVA, Raíssa Zago Leite da. Labelling Approach: o etiquetamento social relacionado à seletividade do sistema penal e ao ciclo da criminalização. **Revista Liberdades**, n. 18, p. 101-109, 2015.

SOUSA, Maria do Socorro Almeida de; CHAI, Cassius Guimarães. Direitos Humanos: Uma Aproximação Teórica. **Conpedi Law Review**, Uruguai, v. 2, n. 4, p. 335-354, 2016.

STRECK, Lenio Luiz. Contra o neoconstitucionalismo. Constituição, Economia e Desenvolvimento. **Revista Eletrônica da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, v. 3, n. 4, p. 9-27, 2011.

STRECK, Lenio Luiz. O pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. **Direito UNIFACS-Debate Virtual**, n. 144, p. 1-5, 2012.

TJ/MG. **APR n. 10680090187617001/MG**. Relator: Walter Luiz. 2013. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-mg/116756754>. Acesso em 25 jul. 2022.

TJ-PR. **APL n. 00600861520168160014/PR**. Relator: Desembargador Gamaliel Seme Scaff. 2019. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-pr/834741599>. Acesso em 25 jul. 2022.

VIANNA, Túlio; MACHADO, Felipe. **Garantismo penal no Brasil: estudos em homenagem a Luigi Ferrajoli**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2013.

VIEIRA, João Alfredo Medeiros. **Noções de criminologia**. São Paulo: Ledix, 1997.

WACQUANT, Loïc Forjando o estado neoliberal: trabalho social, regime prisional e insegurança social. In: BATISTA, Vera Malaguti (org.). **Loïc Wacquant e a questão penal no capitalismo neoliberal**. Rio de Janeiro: Revan, 2012a.

WACQUANT, Loïc. A política punitiva da marginalidade: revisitando a fusão entre workfare e prisionfare. **Revista EPOS**, Rio de Janeiro, v. 3, p. 1-28, 2012b.

WACQUANT, Loïc. **As prisões da miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WACQUANT, Loïc. Marginalidade, etnicidade e penalidade na cidade neoliberal: uma cartografia analítica. **Tempo Social, revista de sociologia da USP**, v. 26, n. 2, p. 139-164, 2014.

WACQUANT, Loïc. **Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos [a onda punitiva]**. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal**. Rio de Janeiro: Revan, 1991.